# Das

# Gewohnheitsrecht.

Von

Dr. Georg Friedrich Puchta,

ausserordentlichem Professor der Rechte in Erlangen.

Erster Theil.

Erlangen,

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1828.

J. rom. m. 415 m-1/2

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Vorrede.

Der Plan des ganzen Werks, dessen erste Hälfte dem Publicum hiermit vorgelegt wird, ist folgender. Die Einleitung zu dem Ganzen bildet das römische Gewohnheitsrecht für sich betrachtet, also abgesehen von dem Einfluß, welchen die römischen Ansichten auf die Folgezeit ausgeübt haben. Darauf folgt die Theorie des Gewohnheitsrechts, wie sie sich als das Resultat unserer gesammten juristischen Vorzeit für die Gegenwart ergiebt. Darin findet denn die neuere Geschichte ihren Platz, so aber, daß sie mit der systematischen Darstellung verbunden und an die einzelnen Glieder des Systems angeschlossen wird, was der literarische Cha-

rakter derselben zu fordern schien. Dieser Darstellung ist folgende Ordnung gegeben. Ihren ersten Abschnitt, oder den zweiten des Ganzen, jene Einleitung mit einbegriffen, bilden die allgemeinen Lehren (Buch II.): Begriff, Gültigkeit, und Werth des Gewohnheitsrechts. Der zweite Abschnitt der Theorie (Buch III.) enthält die speciellen, die Lehren von den s. g. Erfordernissen, den Erkenntnißmitteln, der Wirkung und dem Beweis des G. R.; den Schluß endlich macht die Betrachtung unserer Rechtsquelle in ihrem Verhältniß zu einzelnen Rechtstheilen: dem Kirchenrecht, Criminalrecht, Proceß, Staatsrecht (Buch IV.) Der gegenwärtig erscheinende erste Theil enthält das erste und zweite Buch, die beiden andern Bücher werden den zweiten Theil bilden.

Ein beträchtlicher Theil dessen, wofür ich jetzt die Geneigtheit des Lesers anspreche, liegt schon jahrelang vor mir. Ich habe diese Zeit nicht ungenützt verstreichen lassen; aber es schien mir für den

Fortgang des Werks dienlicher zu seyn, einstweilen die Untersuchungen, welche dieser erste Theil enthält, mitzutheilen, als sie noch länger und bis zur Vollendung des Ganzen zurückzuhalten. So habe ich wenigstens die Hoffnung, statt in der Prüfung meiner Ansichten wie bisher allein auf mich verwiesen zu seyn, die Belehrungen Anderer über den Inhalt des ersten Theils für den zweiten benutzen zu können, und wie auch ihre Form und die Gesinnung ihrer Urheber gegen meine Person beschaffen seyn mag, so werde ich nicht ermangeln, dieselben nach Vermögen zu würdigen. Man möge also die einstweilige Erscheinung dieses Theils wenigstens nicht ganz jener schriftstellerischen Ungeduld zuschreiben, die Seneca auch heutzutage, wie in seiner Zeit, zu sagen veranlassen würde: quemadmodum omnium rerum, sic literarum quoque intemperantia laboramus. Aber vielleicht kann ich auch dasjenige für mich anführen, was ein anderer ausgezeichneter Schriftsteller äußert: nunc

quoniam satis hujus voluminis magnitudo crevit, commodius est in altero libro de ceteris rebus deinceps exponere; ne qua propter multitudinem literarum possit animum tuum defatigatio retardare.

Erlangen, im März 1828.

---

# Inhaltsverzeichniß.

## Erstes Buch.

## Einleitung: Das römische Gewohnheitsrecht.

Erstes Kap.: Von der ältesten Zeit Roms S. 1—13.

Wenn hier von der ältesten Zeit ausgegangen wird, so geschieht dieß mit dem Bewußtseyn, daß von unserem Gegenstand für dieselbe nur problematisch gesprochen werden kann. Es wird die Frage beantwortet, welchen Aufschluß wir darüber aus unserer Kenntniß jener Zeit erwarten können. Dann wird versucht, das, was wir von der ältesten Verfassung Roms wissen oder vermuthen, mit dem in Verbindung zu setzen, was aus der Natur und der späteren Geschichte unserer Rechtsquelle zu entnehmen ist. Ueber die Unterscheidung zwischen patricischem und plebejischem Recht.

Zweites Kap.: Von der Rechtsbildung nach den Zwölf Tafeln S. 13—24.

Dieß Gesetz ist wie für das römische Recht überhaupt, so auch für das G. R. und die Ansichten der Römer da-

von sehr wichtig geworden. Es wird von dem Einfluß gehandelt, den es auf das nicht aufgezeichnete Recht geübt hat, und hier ist es insonderheit der Begriff der interpretatio legis XII. tabularum, welcher erörtert wird (S. 16. — 21.). Von andern Organen des G. R. in der unmittelbar auf die Zwölf Tafeln folgenden Zeit.

Drittes Kap.: Von dem Jus gentium und dem prätorischen Edict S. 24 — 44.

Die Edicte der Prätoren sind ein Hauptorgan des G. R. geworden. Ihre Wichtigkeit haben sie hauptsächlich durch das Jus gentium erhalten, und dieß führt zuerst auf die nähere Bestimmung dieses Begriffs. Hier entsteht vor allem die Frage, von welcher Zeit an der Einfluß des J. G. auf das römische Recht zu rechnen ist? (S. 25 – 30.) Dann: in welcher Weise dieser Einfluß begonnen und sich entwickelt hat? (S. 31 — 37.) Dabei ergiebt sich der ältere Begriff des Jus gentium (s. insbesondere S. 34.), der mehr, als gewöhnlich geschieht, von dem schon künstlicheren Begriff zu trennen ist, welcher den römischen Juristen davon vorschwebt (S. 34. Note 9. und S. 37 — 40.). — Wie sich nun das prätorische Edict zu dem G. R. verhalten habe? Allerdings als Organ desselben, um daß die Edicenten auf verschiedene Weise, mehr receptiv und mehr productiv, nach Verschiedenheit der Fälle thätig waren (S. 40 — 44.).

Viertes Kap.: Cicero über das Gewohnheitsrecht S. 44 — 56.

Die Beleuchtung der ciceronischen Aeußerungen über unseren Gegenstand giebt Veranlassung von dem Verhältniß dieses Schriftstellers zu den späteren römischen Juristen zu

sprechen, von dem angeblichen Einfluß seiner, wie auch der griechischen Philosophen (S. 44—47. 55. 56.). Interesse der Aeußerungen Cicero's (S. 47. f. vgl. S. 54. unten und 55.). Erklärung einer Stelle in Top. cap. 5. (S. 48. 49.); de invent. II. 22. (S. 49 — 52.); Top. cap. 7. (S. 52 — 54.). Was mag davon den Griechen angehören? (S. 54. f.)

Fünftes Kap.: Historische Ansichten der römischen Juristen S. 56 — 69.

Interesse der Ansichten dieser Juristen für die Gegenwart. (S. 56. 57.) — Zuerst ist von ihren historischen Ansichten über das G. R. zu sprechen, auf welche die bisherige Geschichte desselben, wie sie der Gegenstand der früheren Kapitel war, den sichtbarsten Einfluß gehabt hat. Kein Gegensatz von gesetzlichem und Gewohnheitsrecht (S. 59.). Dagegen die Eintheilung in jus scriptum und nec scriptum (S. 60 — 62.). (Wie es kommt, daß Cajus und Papinian das jus nec scriptum weglassen?) Die Römer hatten nicht den Begriff von Rechtsquelle, wie er uns geläufig ist (S. 62. 65.). Was verstehen sie bey der speciellen Aufzählung der Rechtsquellen unter mores? (S. 63 — 66.) (Ueber den Eingangstitel zu Ulpian's Fragmenten und dessen Ueberschrift S. 66. Note 12.). Resultat und Erklärung der Aeußerung in L. 2. §. 3. 4. de O. J. durch das bisherige (S. 67. — 69.)

Sechstes Kap.: Praktische Ansichten der römischen Juristen S. 69 — 77.

Unsere Quellen sind sehr dürftig über unseren Gegenstand. Vor allem ist die Frage wichtig, welcher Ursache dieß zugeschrieben werden müsse? Nicht den Compilatoren

sondern der Sache selbst (S. 69—72.). Denselben Grund hat es, daß die überlieferten Stellen, soweit sie auf praktische Beurtheilung des G. R. hinauslaufen, bey weitem größtentheils vom partikulären G. R. sprechen (S. 73—76.). Stellen, welche hieher gezogen werden, aber nicht vom G. R. reden (S. 76. fgg. Note 5.).

Siebentes Kap.: Fortsetzung: Begriff und Gültigkeit der Consuetudo S. 77—91.

Aus dem Unterschied zwischen der historischen und praktischen Betrachtung des G. R. ergiebt sich, warum die römischen Juristen bey der letzteren besonders die unmittelbare Erscheinung desselben, welche sie consuetudo nennen, ins Auge fassen, ohne jedoch zu verkennen, daß der consuetudo etwas inneres zu Grunde liegen müsse (S. 78—81.). Eben so, warum sie von der Gültigkeit der consuetudo sprechen (S. 81—83.). Grund dieser Gültigkeit (S. 83.). Davon ist die Aeußerung verschieden, daß die consuetudo pro lege gelte. Erklärung der L. 32. §. 1. de legib. (S 84.—87.) Gränzen dieser Gültigkeit gegenüber der des gesetzlichen Rechts? Erklärung der L. 32. pr. 33. 38. eod. (S. 87—89.) Plinius epist. X. 115. 116. (S. 89.) L. 32. in fine. h. t. (S. 90.).

Achtes Kap.: Fortsetzung: Erfordernisse der Consuetudo. S. 91—104.

Unterscheidung von Gewohnheitsrecht und consuetudo, Erfordernissen jenes und dieser (S. 92.). Was ist unter Erfordernissen der consuetudo zu verstehen? (S. 93.). — 1) Usus, und zwar andauernder Gebrauch (S. 93. 94.). Unterschied von mos und consuetudo (S. 94. Note 3.) Allgemeine Bedeutung von consuetudo (S. 95. bes. Not. 4.)

(Res judicatae). Interpretation von L. 34. de legib. (S. 96 — 98.) 2) Das innere Moment (S. 98 — 102.) (Interpretation von L. 39. de legib.) — Erklärung von L. 13. §. ult. de injur. (S. 102 — 104.).

Neuntes Kap.: Fortsetzung: Erkenntniß des Gewohnheitsrechts S. 104 — 112.

Es war nöthig, hier einleitungsweise die Ansichten der Neueren zu berühren (S. 106 — 110.). Bey den römischen Juristen findet sich keine Spur der Forderung eines eigentlichen Beweises, der einer der Parteien mit den gewöhnlichen Wirkungen obläge (die andere Seite unseres jetzigen Beweises; die strengen Vorschriften über die Wirksamkeit der Beweisgründe, also über die Bedingungen, unter welcher der Richter sich für überzeugt halten muß, kennt der römische Proceß ohnedieß nicht). Im Gegentheil fehlt es nicht an Stellen, die einer solchen Forderung geradezu entgegen sind (S. 110 — 112.).

Zehntes Kap.: Das Gewohnheitsrecht unter den Kaisern S. 113 — 120.

Ueber die Existenz und Thätigkeit unserer Rechtsquelle in den spätesten Zeiten der römischen Rechtsgeschichte überhaupt (S. 113 — 115.). Die Theorie wurde nicht geändert; einige merkwürdige Aeußerungen in kaiserlichen Constitutionen werden angeführt (S. 115. 116.). Interpretation der L. 2. C. quae sit longa consuet. (S. 117 — 120.).

## Zweites Buch.
## Die allgemeinen Lehren.

Erstes Kap.: Einleitung S. 123 — 132.

Die Theorien der neueren Juristen vom Mittelalter an sind durchaus dem G. R. ungünstig, während im Gegentheil die alte deutsche Gerichtsverfassung ganz auf die Geltendmachung dieses Rechts berechnet war, und keine aufgestellt werden kann, welche demselben mehr zusagte. Die historische Verbindung zwischen diesem älteren günstigen Zustand, und den späteren ungünstigen Theorien ist der Faden, welcher sich durch die Untersuchungen dieses zweiten Buchs über Begriff, Gültigkeit und Werth des G. R. hindurchzieht. — In diesem ersten Kapitel wird nun zum voraus an den Charakter der ältesten deutschen Verfassung erinnert, in welchem sich die Keime nachweisen lassen, die im Lauf der Zeiten und in Verbindung mit andern Umständen solche scheinbar nicht zu erwartende Früchte getrieben haben. Namentlich ist es die überwiegende Stellung der natürlichen Freiheit des Einzelnen in der ältesten Verfassung, welche hier ins Auge gefaßt wird.

Zweites Kap.: Begriff des Gewohnheitsrechts S. 133 — 180.

1. Entstehung des Rechts überhaupt.

Durch die Betrachtung der ersten Entwickelung des Menschengeschlechts gelangt man zunächst zur Sphäre des Rechts. Diese ist die Stufe, auf der ein Volk entsteht. Der Begriff vom Volk in seinem natürlichen Sinn, und

die Unterscheidung von anderen Bedeutungen ist für unsere Quelle der erste Schritt zu einer richtigen Bestimmung ihres Begriffs. Das Volk ist aber nicht bloß der Boden, auf dem das Recht entsteht, sondern es ist auch die Quelle des Rechts selbst (S. 133 – 143.).

2. Die Rechtsquellen.

Das Recht geht auf verschiedenen Wegen aus dem Volk hervor. Bloß einer davon erzeugt das Gewohnheitsrecht, dessen Begriff sich dadurch feststellt. (S. 143 – 147.) Allgemeine Bemerkungen über die Literärgeschichte des Begriffs, und Feststellung der Gegenstände der folgenden §§. (S. 147. 148.).

3. Das Volk.

Von gemeinem und partikulärem G. R. (S. 148. f.). I. Das Volk, von dem das Gewohnheitsrecht ausgeht ist nicht das Volk in der politischen Bedeutung. Andere Ansicht der römischen Juristen (S. 149.), der Glossatoren und der folgenden (S. 150. f.). Widerlegung derselben (S. 151. f.). II. Das Recht geht nicht von den Einzelnen als solchen aus. Andere Ansicht Neuerer und Widerlegung (S. 152 – 155.) III. Das G. R. ist ganz und gar verschieden von dem autonomischen Recht. Begriff der Autonomie (S. 155 – 159.). Nähere Darstellung der Verschiedenheit unserer Rechtsquelle und der Autonomie (S. 159. f.).

4. G. R. und Juristenrecht.

Das G. R. geht aus der unmittelbaren Volksüberzeugung hervor. Daher ist es ganz verschieden von dem Recht der Praxis oder Juristenrecht, dessen Quelle die Wissenschaft ist. Vermischung beider durch die Neueren (S. 161.). Kurze Uebersicht der Geschichte der Aucto-

ritas Prudentum, namentlich die Ansichten des Mittelalters nebst der unmittelbar darauf folgenden Zeit, und der neueren Juristen (S. 162 — 165.). Die Wissenschaft ist eine eigene Rechtsquelle (S. 165. f.). Einiges über die praktische Beurtheilung des Juristenrechts (S. 166. f.).

5. Die Sitte.

I. Unterschied zwischen Sitte und Gewohnheit, von den Neueren häufig nicht beachtet (S. 167 — 169.). II. Die Sitte als das Organ des G. R. Kann eine Sitte durch Gewöhnung entstehen? (S. 169 — 171.). Entgegengesetzte Ansicht unserer Juristen, daß das Recht durch Gewohnheit entstehe (S. 172.). Die Glossatoren (S. 173.), die ihnen folgenden, und die Juristen des 16. Jahrh. (S. 174. — 176.). Die späteren deutschen Juristen haben sich nicht davon entfernt, daher die Läugnung der Existenz des G. R. (S. 177.). Bessere Ansichten einiger Juristen am Anfang dieses Jahrhunderts (S. 178. f.).

Drittes Kap.: Die Lehre von der Gültigkeit des G. R. S. 180 — 213.

1. Gehalt dieser Lehre.

Die Frage: ob und aus welchem Grunde das G. R. gültig sey, ist von der Beschaffenheit, daß schon ihre Aufwerfung ein Irrthum ist (S. 180 — 182.). Interesse der folgenden literärgeschichtlichen Untersuchungen (S. 182 — 184.).

2. Die Kirche.

Unter den Verhältnissen, welche auf das G. R. ungünstig eingewirkt, und Zweifel an seiner Gültigkeit und Kraft veranlaßt haben, ist das erste die kirchliche Verfassung und ihr allgemeiner Einfluß theils auf die sonstigen

Einrichtungen, theils auf die Ansichten namentlich auch der Juristen (S. 184 — 186.). Zeugnisse dieses Einflusses auf die Lehre von G. R. (S. 186. f.). Entgegengesetzte Ansicht eines neueren Canonisten, und Widerlegung derselben (S. 188 — 190.).

3. Das weltliche Regiment.

Die Opposition zwischen Regenten und Regierten, welche sich aus dem ältesten gesellschaftlichen Zustand in Deutschland, sowohl hinsichtlich des kaiserlichen, als später hinsichtlich des landesherrlichen Regiments, entwickelte, trug ebenfalls zur Verrückung des eigentlichen Standpunkts unserer Rechtsquelle bey (S. 190 — 192.). Folgen davon in der Theorie der Glossatoren (S. 192. fgg.).

4. Die Romanisten.

Das römische Recht hat zur Theorie über die Gültigkeit des G. R. weniger durch einzelne Stellen seiner Quellen (S. 194. f.), als durch die Opposition beigetragen, in welche es durch seinen Eingang in Deutschland gegen das einheimische, hauptsächlich auf unserer Rechtsquelle beruhende Recht versetzt ward. Diese Opposition fand im ganzen nicht in Italien (S. 195. f.), dagegen in Frankreich (S. 197. f.), noch mehr und kräftiger aber in Deutschland statt. Hier zeigt sie sich in den gegen das römische Recht erhobenen Klagen (S. 199.), und in den Schriften der Romanisten selbst (S. 200. f.). Dessenungeachtet verdienen diese Juristen die Vorwürfe nicht, welche man ihnen deshalb gemacht hat, und überhaupt ist für uns kein Grund vorhanden, über ihr Verfahren zu klagen (S. 202 — 206.).

5. Theorien.

Zwey Classen von Theorien über den Grund der Gül-

tigkeit des G. R. 1) Zurückführung auf die Autonomie. Widerlegung dieser Ansicht (S. 207. f.). 2) Auf den Willen des Gesetzgebers. Verschiedener Ausdruck, und Widerlegung dieser Ansicht (S. 209 — 212.). Spuren richtigerer Ansichten (S. 212. f.).

Viertes Kap.: Von dem Werth des G. R. S. 213 — 234.

1. Einleitung.

Ueber den Inhalt dieses Kapitels. Vorwurf der Vorliebe für das G. R. gegen die historische Schule (S. 213 — 216.).

2. Werth des G. R. von der Seite seines Inhalts.

Quantitative Verschiedenheit des G. R. in den verschiedenen Zeiten eines Volks, und ihre Gründe (S. 216 — 219.). Qualitative Verschiedenheit: partikuläres G. R. Jetziger Zustand (S. 219. f.). Bedenken gegen das G. R. wegen Collision mit der Verfassung (S. 220 — 223.). Bedenken gegen die partikulären Rechte überhaupt, und Beurtheilung derselben (S. 223 — 228.).

3. Werth des G. R. von der Seite seiner Form.

Vorzüge des Herkommens, besonders wegen der Verbindung der Fortbildung mit den Vortheilen der Dauer und Gewöhnung (S. 228. f.). Vorwurf gegen das G. R., daß es ein Jus incertum sey. Beurtheilung desselben, theils überhaupt, theils unter gewissen Umständen genommen (S. 229 — 234.).

Erstes

# Erstes Buch.

## Einleitung:

## Das römische Gewohnheitsrecht.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

## Erstes Kapitel.

### Von der ältesten Zeit Roms.

Ueber die Formen, in welchen das Recht entsteht, darf man in den ältesten Geschichtsquellen keine genügende Nachricht erwarten. Denn gerade diejenige Form, welche man als die ursprüngliche anerkennen muß, ist von der Beschaffenheit, daß sie sich nicht schon dem natürlichen Auge und der leiblichen Anschauung, sondern erst einer geistigen Forschung vollkommen offenbart, und was diese letzte als die reine, nakte Wahrheit erkennt, das ist wenigstens der Form und dem Gewand nach der ältesten, poetischen Auffassungsweise nicht angemessen. Ueberhaupt wird daher die Sage das, was wir als das Erzeugniß einer natürlichen Verwandtschaft des Sinnes und Willens, eines Volksgeistes, erkennen, die Bildung einer gemeinsamen Sprache, einer Verfassung, einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung, übereinstimmender sittlicher und religiöser Gesinnungen, sofern sie diese Gegenstände berührt, keineswegs in dieser innerlichen Gestalt darstellen; sie wird die Entstehung jener Erscheinungen vielmehr zu einem Gegenstand poetischer Anschauung und Erzählung verkörpern, sey es, daß sie jene Besitzthümer ihrem Volke durch die Mittheilung eines Gottes, oder Weisen, oder durch ein anderes bestimmtes, sichtbares Factum, je nach der verschiedenen geistigen Eigenthüm-

lichkeit der Völker zukommen läßt. Dazu kommt aber noch, daß theils die Sagen, besonders wenn sie nicht mehr einen rein mythischen Character haben, theils die ältesten urkundlichen Ueberlieferungen die Rechtsbildung seltner zu ihrem unmittelbaren Gegenstand zu haben pflegen. Dieß alles gilt nun insonderheit von demjenigen, was über die Quellen der ältesten römischen Geschichte bekannt ist, und daraus ergiebt sich, auf welchem Wege und wie weit der älteste Zustand der Rechtsquellen, und namentlich derjenigen, von welcher in dieser Schrift gehandelt werden soll, bestimmt werden kann. Es kann dieß nämlich nur so geschehen, daß das was über das Rechtsbewußtseyn der Völker überhaupt erforscht werden mag, mit demjenigen in Verbindung gebracht wird, was wir von dem ältesten Zustand des römischen Volks mit größerer oder geringerer Gewißheit wissen.

Seit Niebuhr seine Untersuchungen über die römische Geschichte zum erstenmal mittheilte, ist unter den Juristen die Ansicht herrschend geworden, daß der Unterschied zwischen Patriciern und Plebejern sich auf eine Stammesverschiedenheit gründe, was denn auch durch die neueren Untersuchungen Niebuhrs, so verschieden ihre Resultate theilweise von denen der früheren ausgefallen sind, vollkommen bestätigt worden ist. Beide Stämme sind aber hiernach auch verwandte, und zwar näher, als dieß etwa bey den meisten italischen Völkerschaften unter einander im allgemeinen der Fall ist. Denn das latinische Element findet sich bey den Patriciern nicht weniger als bey den Plebejern, nur war es bey jenen zur Zeit der latinischen Einwanderungen, durch welche die Plebs wahrscheinlich gebildet worden ist, schon von dem sabinischen durchdrungen, so wie späterhin vielleicht noch etruskische Einwanderung auf die Nationalität dieses latinisch-sabinischen Stammes Einfluß gehabt hat.

Wenn wir nun unter dieser näheren Bestimmung eine verschiedene Nationalität derjenigen Bestandtheile des römischen Gemeinwesens annehmen, welche man wenigstens späterhin unter den Namen Patricier und Plebejer einander entgegensetzt, so liegt darin allerdings auch die Annahme eines bis auf einen gewissen Grad verschiedenen Rechtsbewußtseyns, weil der materielle Begriff der Nationalität eben in einer Verwandtschaft und Eigenthümlichkeit des Geistes nach seinen verschiedenen Richtungen besteht. Es fragt sich nun, in wie weit jene Verschiedenheit des Rechts bey der Aufnahme der latinischen Einwanderer noch geltend blieb? Aus der verschiedenen Nationalität können wir nur auf die größere oder geringere Verschiedenheit der rechtlichen Ueberzeugung, die aber eben wegen jener Verwandtschaft nicht zu groß angenommen werden darf, schließen, eine natürliche Verschiedenheit, die, wie sich von selbst versteht, so wenig durch die äußere Verbindung unmittelbar aufgehoben werden konnte, als die natürliche Verwandtschaft zweier Menschen willkührlich gelöst oder erzeugt wird. Eine andere Frage aber ist, ob und in wie weit diese eigenthümliche rechtliche Ueberzeugung der Einwanderer in Rom anerkannt ward? Dieß läßt sich nur aus speciellen historischen Thatsachen beantworten.

Hier ist nun zuvörderst gewiß, daß die Plebejer negativ ein besonderes Recht hatten, indem sie der Gemeinschaft mancher patricischer Rechtsinstitute erweislich entbehrten. Dahin gehört die Possessio am Ager publicus, das Jus gentium im alten Sinne des Worts (Recht der patricischen Gentes), und soviel im Familienrecht von diesem abhieng; von manchem läßt es sich wenigstens höchst wahrscheinlich machen, daß die Plebejer dessen nicht fähig waren, besonders von demjenigen, was eine Stellung im römischen Staat vorauszusetzen scheint, wie

sie dieselben nicht genossen. Damit ist allerdings jene Frage noch nicht bejaht, denn es wäre möglich, daß die Plebejer dennoch nach patricischem Recht lebten, nur daß eine größere oder geringere Zahl von Rechtsverhältnissen für sie nicht existirt hätten. Erwägt man jedoch, daß die Plebs gegen die Bürger politisch abgeschlossen existirte, ferner daß Recht und Verfassung in den alten Zeiten sehr nahe und dem natürlichen Sinn untrennbar zusammenhiengen, daß endlich die Uebertragung des Rechts auf einen andern, besonders einen untergeordneten Stamm zu den Ansichten der alten Völker gar nicht paßt, die vielmehr einen zu großen Werth auf ihr Recht legten, als daß sie dasselbe als Gegenstand freigebiger Mittheilung an minder Geachtete hätten ansehen können, so möchte wohl eine formelle Trennung des eigenthümlichen Rechts der Einwanderer als fortdauernd anzunehmen seyn. Dieß würde sehr unterstützt werden durch die Annahme einer höchst wahrscheinlichen Vermuthung Niebuhr's [1]), über welche ich mich an einem andern Orte weiter geäußert habe [2]), wornach die Einwanderer, also die ältesten Plebejer Clienten des Königs geworden wären. Sie wären dann um so abgesonderter gewesen, und es hätte um so weniger einen Anstand haben können, sie nach ihrem eigenen Rechte zu richten, da sie dann in diesem ältesten Zustand mit patricischen Richtern in keine unmittelbare Berührung gekommen wären.

Das Resultat für die erste Zeit der äußeren Verbindung jener beiden Stämme wäre mithin folgendes. Materiell bestand eine große Uebereinstimmung in den Rechtsansichten der Patricier und Plebejer, aber daneben wa-

---

1) R. G. 2te Ausg. 1. Thl. S. 424.

2) In der Anzeige des niebuhr'schen Werks in den erlanger Jahrb. 5. B. S. 37.

ren auch als in den Rechten unterschiedener Stämme specielle Verschiedenheiten. Formell lebte jeder nach seinem Recht, der Plebejer unter dem König als clientelarischem Richter, oder unter denjenigen, welche dieser, und wenn jene Vermuthung gegründet ist, gewiß aus den Plebejern verordnete, denn wie sollte ein Patricier dazu gebraucht worden seyn, über die Clienten des Königs zu richten?

Die weitere Geschichte dieses Rechtszustands hängt von den nationalen und politischen Schicksalen der Plebs ab. Was zuerst die letzteren anlangt, so war es bekanntlich das Streben der Könige, die Plebejer dem Gemeinwesen näher zu bringen, ein Streben, dem bis auf einen gewissen Grad auch die Bürger nicht entgegen seyn konnten, da ihnen die Plebs als ein fremder, lediglich vom König abhängiger Bestandtheil viel gefährlicher scheinen mußte, als wenn sie in nähere politische Verhältnisse zu ihnen kam. Nur über die Art und Weise, wie dieß geschehen sollte, konnte Streit seyn, da hierin das Interesse des Königs mit dem der Aristokraten sich kreuzte. Wir finden nun, daß Servius nicht allein die Verfassung der Plebejer selbst regelte [3]), sondern sie durch die Centurieneinrichtung zu wirklichen Bürgern machte. Dadurch mußte die formelle Trennung der beiden Stämme auch in Beziehung auf ihr Recht aufhören, das Gericht, unter dem die Plebejer standen, war kein patronatisches mehr, sondern in jedem Fall, selbst wenn anzunehmen wäre, daß plebejische Judices für Plebejer nach den Gesetzen des Servius seyn sollten [4]), ein bürgerliches, oder,

---

3) Eine regionenweise Abscheidung der Plebejer nach Herkunft und Grundbesitzung mochte sich wohl schon früher, unter dem Patronat des Königs, gemacht haben.

4) Niebuhr a. a. O. S. 441.

um mich eines deutschen analogen Ausdrucks zu bedienen, kein Hof- sondern ein Volksgericht. Diese Veränderung in der Form wurde durch den Inhalt des Rechts aufs vollkommenste unterstützt. Wenn schon von Anfang an unbezweifelt eine sehr bedeutende nationale Verwandtschaft der Stämme und ihrer Rechte bestand, so nahm diese gewiß durch die, wenn auch nur äußere Vereinigung derselben bedeutend zu, und so wie die etwaigen partikulären Verschiedenheiten unter den Plebejern verschiedener Herkunft selbst bald verschwanden, so konnte auch eine immer größere Annäherung des plebejischen an das patricische und auch wohl umgekehrt in vielen Punkten nicht ausbleiben. So geschah es denn, daß sich allmählich Ein Recht, das römische Jus civile bildete, in welchem die Verschiedenheiten nur noch als besondere Standesrechte der Patricier zurückblieben, eine Vereinigung, welche durch jene politische, wenn sie auch wahrscheinlich zu ihrer Zeit noch nicht vollendet war, doch sehr beschleunigt werden mußte. Ein bestimmter Zeitpunkt kann dafür so wenig, wie für irgend eine andere, auf natürlichem Wege erfolgende Aenderung angegeben werden. Das aber läßt sich in Erwägung der Länge der Zeit, der räumlichen Nähe und des dadurch erzeugten Verkehrs, endlich der politischen Einrichtungen behaupten, daß jene Coalition früh begonnen und schon vor den Zwölf Tafeln eine gewisse Vollendung erreicht habe [5].

---

5) Hiernach sind die Versuche zu beurtheilen, die seit Niebuhr zur Erforschung der beiden nationalen Elemente im römischen Recht gemacht worden sind. Soll die Entdeckung nur dazu benutzt werden, um das Bestehen eines Rechtsverhältnisses in zwey Formen zu erklären, so ist dagegen im allgemeinen schlechterdings nichts einzuwenden. Denn auch die spätere Rechtsbildung giebt in anderen Verhält-

Ich komme nun zu der Form, in welcher das Recht in jenen alten Zeiten entstanden ist, als dem eigentlichen Gegenstand dieser Untersuchung. Es giebt eine Form der Rechtsentstehung, welche die unmittelbare genannt werden kann, insofern das Recht hier wirklich die nationale Ueberzeugung über die rechtliche Freiheit ist, diese also für sich und ohne ein künstliches Medium wirksam wird. Dieses natürliche Recht, wie man es deshalb nennen könnte, macht sich auf eben so natürlichem Wege geltend, nämlich durch den Einfluß, welchen die Volksüberzeugung auf die Handlungen der einzelnen Glieder

---

nissen die vollkommenste Analogie dafür, daß die beiden Rechte sich auf eine Weise durchdringen konnten, wodurch die Eigenthümlichkeit weder des einen noch des andern gänzlich erlosch. Nur das ist zu wünschen, daß wir uns hüten, solche Formen, welche späteren Zeiten und andern Gegensätzen angehören, in diese älteste zu verpflanzen. Während frühere Schriftsteller geneigt waren, den Ursprung eines Rechtsverhältnisses oder Rechtssatzes der Zeit oder der Rechtsquelle zuzuschreiben, worin desselben unsern Quellen nach zuerst Erwähnung geschieht (eine Vorstellung, aus welcher sich auch die Mannigfaltigkeit der für jede einzelne Lehre besonders gegebenen Perioden herschreibt, mit welcher man die innere Rechtsgeschichte überschwemmt hat), erliegen wir nur allzuleicht der entgegengesetzten Versuchung, in das graue Alterthum zu versetzen, was nach unserer mangelhaften Kenntniß desselben nur einigermaßen dahin paßt. — Solche historische Untersuchungen aber, welche von dem Satze ausgehen, daß die Nationalverschiedenheit des plebejischen und patricischen Rechts bis zu den Zwölf Tafeln fortgedauert habe und erst durch diese gehoben worden sey, scheinen mir auf einer ganz falschen Grundlage zu beruhen, und ich sage dieß selbst auf die Gefahr hin, daß dieser Tadel auch einige meiner früheren Versuche trifft, welche zum Theil freilich nicht vor das größere Publikum gekommen sind.

des Volks ausübt. Diese Handlungen heißen, insofern sie durch diesen Einfluß bedingt werden, Sitte; und jenes unmittelbare, natürliche Recht, pflegen wir, da es sich zunächst durch diesen Einfluß äußert, Gewohnheitsrecht zu nennen. Es fragt sich nun, ob für das Bestehen dieses Rechts und seine Geltendmachung vor dem Richter in jenen alten Zeiten (denn daß wirklich solches Recht existirt habe, braucht nicht bewiesen zu werden) besondere Einrichtungen und Organe nachgewiesen werden können, oder ob wir uns bey der allgemeinen Annahme seiner Existenz beruhigen müssen? Als ein solches Organ für die Festhaltung, Sicherung und Erkennbarkeit des Rechts ist vor allem die Beschaffenheit des ältesten Rechts selbst, in seinen symbolischen und doch einfachen Solennitäten zu erwähnen [6]), durch welche das Recht selbst ein verkörpertes Daseyn gewann. Diejenigen, welche wir kennen, beziehen sich besonders auf die bürgerliche und pontifische Verfassung; wie es mit dem ältesten plebejischen Recht in dieser Beziehung gestanden haben mag, ist nicht zu erforschen, wie ich denn überhaupt glaube, daß nach dem Stand unserer Kenntnisse darüber für das älteste römische Gewohnheitsrecht kaum mehr als das allgemeine zu sagen ist, was wir auch für die ältesten Rechte anderer Völker sagen können. Das zweite ist, daß die richterlichen Urtheile vermöge des öffentlichen Vertrauens und der gemeinsamen Ueberzeugung von dem richtigen Rechtsbewußtseyn des Richters als Niederlagen des Rechts gebraucht werden, und dadurch noch eine weitere Wirksamkeit, als die der Entscheidung des einzelnen Rechtsstreites erhalten. Wir kennen aus den späteren Zeiten der freien Republik die Einrichtung, wornach dem Richter Adsessores zur Seite waren, welche namentlich für jene Zeit, wo die vollständige Rechtskenntniß schon allmählich begann,

6) Savigny vom Beruf unserer Zeit S. 10.

Eigenthum eines besonderen Standes zu werden, den Prätoren und Judices theils den Mangel derselben ersetzten, theils der mehreren Autorität und der Sitte wegen zugezogen wurden. Diese Einrichtung bestand vielleicht in irgend einer Form schon in früheren Zeiten, um ähnlichen Bedürfnissen zu entsprechen. Dazu kam dann noch die Publicität des Verfahrens, um jenes Vertrauen auf die Res judicatä und ihren Gebrauch als Erkenntnißmittel des Rechts zu begründen. Aufzeichnungen endlich, nämlich solche, die nicht eigentliche Gesetze waren, werden ebenfalls erwähnt. Wer zu Hypothesen geneigt wäre, könnte in einer Stelle des Dionysius 7) vielleicht sogar eine bestimmte Hindeutung auf etwas ähnliches, wie die späteren Edicta magistratuum finden. Dionysius erzählt nämlich, Servius habe die königliche Gewalt durch die Anordnung beschränkt, daß der König künftig nur noch über die Staatsverbrechen richten solle, für alle andere Fälle habe er besondere Richter gesetzt. Diesen nun habe er aufgetragen, seine Gesetze zu befolgen, oder wie man nun dieß in der Voraussetzung, daß der Grieche eine ihm vorliegende Quelle mißverstanden habe, nehmen könnte, er habe ihnen Vorschriften gemacht, wie späterhin die Cäsaren an ihre Legaten Mandata erließen. Die Gesetze, von denen Dionysius spricht, sind die funfzig über Verträge und Rechtsverletzungen 8), aber er bezeichnet sie a. a. O. selbst als Volksschlüsse, und so wäre es mehr als verwegen, von dieser seiner Aeußerung in Beziehung auf die Richter den angegebenen Gebrauch zu machen. Uebrigens sind allerdings unter den Verordnungen jener Zeiten sicherlich solche gewesen, die nicht Volksschlüsse, sondern Edicta der Könige waren, denen

---

7) Dionys. Halic. IV. p. 228. Sylb.

8) Derselbe IV. p. 218. und 239. S.

das Jus edicendi gewiß nicht weniger zustand, als den späteren Magistratus. In welchem Verhältniß aber diese Verordnungen zu dem bestehenden Recht standen, darüber ist nichts einigermaßen sicheres bekannt. Eine nicht gesetzliche Rechtsverzeichnung hat man in den Ritualbüchern der Etrusker finden wollen, indem man die Notiz davon bey Festus (s. v. rituales) ihres Inhalts wegen auch auf Rom bezogen hat. Dergleichen Verzeichnungen religiöser, auch die politische Verfassung betreffender Vorschriften konnten allerdings zugleich mit den Einrichtungen, welche in ihnen beschrieben waren, nach Rom gekommen und daselbst auch weiter ausgeführt worden seyn, und auch Rechtssätze mögen wegen ihres Zusammenhangs mit der Verfassung darin gestanden haben, aber dieß alles ist nach jener Nachricht so prekär und unsicher, daß hier besser gar kein weiterer Gebrauch davon gemacht wird. Auch was wir aus anderen Nachrichten von pontifischen Schriften wissen, wohin namentlich auch das Jus civile papirianum gehört, ist von der Beschaffenheit, daß sich nur sehr unbestimmte Vermuthungen darauf bauen lassen würden [9].

Somit reducirt sich dasjenige, was über das Bestehen des Gewohnheitsrechts in der ältesten Zeit gesagt werden kann, ziemlich auf dasjenige, was wir im allgemeinen aus dem Zustande des Volks und Rechts überhaupt schließen können. Die zweite Rechtsquelle, welche in jener Zeit neben der Quelle des Gewohnheitsrechts schon vorhanden war, die Gesetzgebung, in welcher die rechtliche Ueberzeugung des Volks nicht als solche, sondern als der Ausspruch des durch die Verfassung bestimmten Organs des allgemeinen Willens auftritt und gilt, hat in Beziehung auf unsere historische Erkenntniß vor jener ersten

9) S. Dirksen Versuche ꝛc. Nro. VI.

gar nichts voraus. Zwar weiß Dionysius viel von geschriebenen und ungeschriebenen Gesetzen des Romulus [10]), und noch mehr von den unter seinen Nachfolgern zu Stande gebrachten zu erzählen, und ist also hier so wenig in Verlegenheit, als wenn er den König in einer studirten Rede vor dem Senat die Vor- und Nachtheile der drey Regierungsformen zur beliebigen Wahl aus einander setzen läßt, nicht weniger weiß auch Plutarch Bescheid, und selbst Livius spricht ziemlich bestimmt davon. Aber es darf jetzt als entschieden betrachtet werden, daß die Angaben, welche die Rechtsgesetzgebung betreffen, fast gänzlich aus höchst unsichern Quellen geschöpft und mithin völlig unzuverlässig sind [11]). Auch die Urtheile über das gesetzliche Recht überhaupt, und so auch über sein Verhältniß zum Gewohnheitsrecht müssen daher hauptsächlich aus demjenigen geschöpft werden, was sich aus der Natur alter Völker und Staaten im allgemeinen entnehmen läßt.

---

## Zweites Kapitel.

### Von der Rechtsbildung nach den Zwölf Tafeln.

Die Bildung des römischen Rechts nahm eine eigenthümliche Wendung, nachdem am Anfang des vierten Jahrhunderts der Stadt das Recht und die Verfassung aufgezeichnet, und in der Form eines Volksschlusses publicirt worden war. Es sind nicht vorübergehende Bedürfnisse gewesen, welche diese Aufzeichnung erzeugt haben; und so hat sie denn auch nicht ein bloß temporäres

---

10) Dionys. II. p. 94. S.

11) S. besonders Dirksen a. a. O.

Bestehen gehabt. Vor allem war es nicht etwa die Masse und Mannigfaltigkeit des Rechts, welche schon damals eine Festhaltung durch den Buchstaben erheischt hätte. Vielmehr war das Recht damals noch sehr einfach, sein Wachsthum und seine Ausdehnung fällt erst in die Zeit nach den Zwölf Tafeln. Diese sind die Grundlage für die folgende Rechtsbildung geworden, und indem sich dieselbe an das Gesetz anschloß, ist es geschehen, daß dieses, welches selbst in einer noch ganz unwissenschaftlichen Zeit entstanden war, auch auf die entferntesten Juristen, welche in den ersten Jahrhunderten unserer Zeitrechnung zur vollendeten wissenschaftlichen Ausbildung des Rechts mitwirkten, einen nicht zu berechnenden Einfluß geübt, und durch alle Zeiten des römischen Reichs gedauert hat. Und zum Verständniß der Zwölf Tafeln selbst, und ihres Verhältnisses zu dem späteren Rechte ist eben jener Umstand von besonderer Wichtigkeit, daß sie durchaus nicht aus einer wissenschaftlichen Behandlung hervorgegangen sind. Dieß ist etwas allgemein bekanntes, da augenscheinlich erst später eine Art scientifischen Betriebs sich in Rom gezeigt, und noch weit später die eigentlich so zu nennende wissenschaftliche Zeit begonnen hat, aber diese Wahrheit wird im einzelnen und in der Anwendung (namentlich auch bey den Restitutionsversuchen) so häufig aus den Augen gesetzt, daß es nothwendig scheint, immer von neuem wieder daran zu erinnern.

Der Zustand der Rechtsquellen nach Abfassung der Zwölf Tafeln war der Hauptsache nach folgender. Einerseits waren natürlich viele Rechtssätze nicht aufgezeichnet worden, welche nicht weniger galten und auch in Zukunft gelten sollten, als die niedergeschriebenen, denn niemand wird glauben, daß die damaligen Römer mit den Rechtssätzen hätten ausreichen können, die auf wenigen Tafeln zusammengeschrieben waren. Andererseits

aber muß man doch auch nach den uns zugekommenen Nachrichten, ja schon nach den überlieferten Fragmenten annehmen, daß die Verzeichnung in gewisser Art vollständig war, das heißt, daß nicht bloß diese oder jene Rechtssätze bey welchen etwa vorzugsweise eine schriftliche Festsetzung Bedürfniß schien, von den Decemvirn aufgenommen wurden, sondern daß sie überhaupt das geltende Recht, so weit es geschehen konnte, verzeichnen wollten. Dadurch eben wurde es möglich, daß das Gesetz in Form und Inhalt die Grundlage des gesammten römischen Rechts ward, fons omnis publici privatique juris. Die Römer hatten nun nach Abfassung des Gesetzes zum Theil gesetzlich festgesetztes Recht, zum Theil solches, das lediglich in der Ueberzeugung des Volks und in der Sitte ohne Aufzeichnung bestand. Beides aber war dem Inhalt nach nicht verschieden, beides war aus derselben noch unberührten Nationalität hervorgegangen, und betraf dieselben Gegenstände. In dieser Beziehung wird nun (denn das Mährchen von der Verfälschung des römischen Rechts durch Einschwärzung des griechischen in die Zwölf Tafeln kann man heutiges Tages wohl auf sich beruhen lassen) die Ansicht wichtig, welche man von der Fortdauer der nationalen Trennung der Patricier und Plebejer hat, indem diejenigen, welche den Zwölf Tafeln die Gemeinsammachung zweier bis dahin getrennter Volksrechte zuschreiben, mit jener Behauptung nicht vollkommen einverstanden seyn können. Denn in diesem Fall würde das Gesetz theilweise für die beiden Parteien wirklich neues Recht enthalten haben, nicht bloß in dem Sinne, daß es der einen gewisse Vorrechte der andern mitgetheilt hätte. Ich berufe mich deshalb und zur Begründung der Behauptung von dieser Seite, auf das, was darüber im ersten Kapitel vorgekommen ist. Ferner wurzelte das Recht der Zwölf Tafeln nicht weniger in der Volksüberzeugung, aus welcher es ja genommen war,

als das übrige, so daß also auch in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen beiden bestand. Auch hier ist eine Ansicht zu erwähnen, welche diesem Satze entgegen ist. Derselbe kann nämlich von denjenigen nicht zugegeben werden, welche die Zwölf Tafeln für den Sitz eines bisher dem Volk geheim gehaltenen Rechts halten; aber man hat niemals versucht, auch nur die Möglichkeit eines solchen Geheimnisses darzuthun, geschweige denn die Thatsache selbst zu erweisen, wenn man nicht etwa das für einen Beweis gelten lassen will, daß es kaum möglich ist, sie ernsthaft zu widerlegen.

Diese Identität des geschriebenen und durch den Volksschluß festgesetzten Rechts mit dem nichtgeschriebenen hatte noch für die Ansichten der späteren Römer die wichtige Folge, daß der Gegensatz zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrecht bey ihnen durchaus nicht die Wirksamkeit erhielt, welche ihm in unserer Zeit zu Theil geworden ist. Zunächst aber und für die Zeit, von der jetzt die Rede ist, hatte sie die Wirkung, daß äußerlich das Recht der Zwölf Tafeln gewissermaßen als das alleinige erschien, und das übrige, jetzt schon bestehende und fernerhin sich bildende, nur als die Fortsetzung des geschriebenen Rechts betrachtet wurde. Dieses nämlich ist es, was die Römer unter dem Ausdruck interpretatio verstehen, wenn sie damit das nach den Tafeln ausser denselben bestehende, das unaufgeschriebene Recht bezeichnen [1].

Es giebt gewisse Organe, an welche das entstandene Recht sich anknüpft, und durch welche die rechtliche Ueberzeugung auch wohl eine bestimmte äußere Gestalt erhält. Der-

1) Hugo Rechtsgesch. X. S. 401.

Dergleichen giebt es allgemeinere, wohin die Uebung, die Sitte überhaupt gehört, theils speciellere, welche für das Gewohnheitsrecht besonders wichtig sind, da dieses zu seiner Sicherheit am ersten deren bedarf. Jene interpretatio führt uns nun von selbst auf die Frage nach jenen Anknüpfungspunkten für die Zeit, bey welcher wir jetzt stehen, und diese Thätigkeit ist es eben, welche zunächst näher zu bestimmen ist.

Zuvörderst ist gewiß, daß das Wort interpretatio nicht eine unmittelbare Volksthätigkeit bezeichnen kann. Das durch das Volk selbst und unmittelbar entstehende Recht stand nach dem, was oben bemerkt worden ist, schon an sich in derselben engen Verbindung mit dem Recht der Zwölf Tafeln, wie mit sich selbst, ebendeshalb aber würde jener Ausdruck, welcher ein identisch Machen, eine mit Bewußtseyn geschehene Anfügung andeutet, für dieses innerliche und natürliche Verhältniß des übrigen Rechts zu dem aufgezeichneten sehr unpassend gewesen seyn. Auf der andere Seite wäre es eben so irrig, wenn man den Sprachgebrauch unserer Compendien auf diese römische Interpretation anwenden, und diese Thätigkeit für eine lediglich exegetische nehmen wollte. Es ist auffallend, daß Dirksen dieser wunderlichen Ansicht wenigstens dem Anschein nach zugethan ist [2]. In der That würde dadurch die ganze Geschichte der folgenden Zeiten eine sehr veränderte Gestalt erhalten. Denn wenn man annimmt, daß die bloße Exegese des Gesetzes eine so beträchtliche Rechtsquelle gewesen sey, wie die Historiker von demjenigen behaupten, was sie mit dem Wort interpretatio bezeichnen, so muß man auch für die damalige, unmittelbar nach den Zwölf Tafeln folgende

---

2) z. B. Uebersicht der XII. T. S. 9.

Zeit schon eine wissenschaftliche Behandlung des Rechts, und somit einen besondern Juristenstand voraussetzen, durch welchen das Recht auf jene Weise fortgebildet worden wäre. Der Stoff für jene Exegese würde dann nur einerseits durch den Inhalt des Gesetzes, andrerseits durch die Rechtsbegriffe der Juristen gebildet worden seyn, und das Gewohnheitsrecht bey dieser Vorstellung leer ausgehen, da doch die Quellen unter Lex und Interpretatio das gesammte Recht begreifen. Eine so frühe Ausbildung der Wissenschaft ist aber auch allem, was wir über jene und die spätere Zeit wissen, so sehr zuwider, daß man dann nothwendig ein Wiederabsterben der Jurisprudenz bis zum ciceronischen Zeitalter annehmen müßte. — Vielleicht ist die Sache so zu denken [3].

Ich muß wiederum auf die Sätze zurückgehen, welche schon oben vorläufig aufgestellt worden sind. Das Recht war ohne Zweifel damals noch im gemeinsamen Besitze des ganzen Volks, und zwar ohne Standesunterschied der Plebejer sowohl als der Patricier. Die Meinung von einer ausschließlichen Rechtskenntniß der Priester oder der Patricier ist so beschaffen, daß man nicht glauben kann, diejenigen, welche noch jetzt derselben anhängen, hätten sich diese ihre Ansicht selbst recht anschaulich gemacht. Denn hatte dieser ausschließliche Besitz und diese Unkenntniß des Volks oder des größten Theils desselben von jeher bestanden, so konnte das Recht nicht durch die Ueberzeugung des Volks entstanden seyn, und so führt diese Ansicht wieder auf ein ursprüngliches gesetzliches Recht zurück, welches bei den älteren Juristen allerdings auch die Quelle derselben war, und zwar auf eine Gesetzgebung, welche von allem nationellen gänz-

---

3) Von der Darstellung des Pomponius in L. 2. de O. J. wird weiter unten die Rede seyn.

lich entkleidet ist; oder es wird wenigstens damit angenommen, daß der plebejische Stamm entweder kein rechtliches Bewußtseyn gehabt habe, also auch kein Stamm, sondern etwa eine Heerde aus allen Ecken der Welt zusammen gelaufenen Gesindels gewesen sey, oder daß wenigstens sein Recht in Rom niemals zu irgend einer Gültigkeit gekommen, und dadurch bald ganz untergegangen, die Plebs selbst aber ebendeshalb aus einem durch innere Verwandtschaft zusammenhängenden Ganzen zu einem gestalt- und gehaltlosen Pöbel geworden sey. War aber die Sache anders, und das Recht in der gemeinsamen Ueberzeugung des Volks begründet, so läßt sich nicht begreifen, wie die Priester oder die Patricier sich der Rechtskenntniß so bemächtigen konnten, daß sie dieselbe den Plebejern entzogen, zumal wenn man die Oeffentlichkeit, mit welcher gerichtliche und aussergerichtliche Geschäfte vorgiengen, und die Abneigung des ältesten Rechts gegen Stellvertretungen in und ausser Gericht bedenkt. In dem Laufe der Zeiten geschieht zwar etwas ähnliches, indem das Rechtsbewußtseyn mehr oder weniger auf einen besondern Stand, den der Juristen übergeht, aber hier ist es die Beschaffenheit des Rechts, seine Mannigfaltigkeit und die daraus entstehende Nothwendigkeit einer wissenschaftlichen Erkenntniß, und die Beschaffenheit dieser Erkenntniß selbst, welche nicht die Sache eines Jeden ist, es ist der natürliche Gang der Geschichte, welcher jene Veränderung hervorbringt. — Von dieser Kenntniß des Rechts selbst, welche man hiernach an sich jedem mannhaften Civis Romanus zutrauen kann und muß, ist jedoch eine besondere Art von Kenntnissen zu unterscheiden, von welchen dieses nicht gilt, und die auch in jener Zeit schon eigentlich erlernt wurden [4].

---

4) Diese Kenntnisse und den älteren Zustand überhaupt hat auch Cicero vor Augen, wenn er in der berüchtigten Stelle

Sie betrafen die Formen des gerichtlichen Verfahrens und mancher aussergerichtlicher Geschäfte, auf deren Beobachtung mit Genauigkeit und Strenge gehalten ward. Hätten wir eine Detailkenntniß von dem alten römischen Gerichtsverfahren, wie wir sie nicht besitzen, so würden wir gewiß sehen, daß auch diese Seite des öffentlichen Lebens durchaus im genausten Zusammenhang mit den religiösen Einrichtungen stand, so wie wir dieß speciell von der Zeitrechnung und daher auch von allen processualischen und Rechtssätzen wissen, die davon abhängen. Alles dieses setzte sonach priesterliche Kenntnisse voraus, welche in jener Zeit lediglich bey dem Patricierstand waren [5]), und dieser Theil des Rechts ist es also, welcher dem Bewußtseyn des Volks entzogen war. Dieß ist nun aber auch der Punkt, in welchem eine Einwirkung Einzelner auf das Recht, wie die Interpretatio sie voraussetzt, möglich war.

Die Anwendung und Realisirung der rechtlichen Ueberzeugung durch die Gerichte ist das bestimmte, specielle Organ, durch welches überall das Recht ein vollkommen äußerliches Daseyn erhält, und Gegenstand der Anschauung wird. In Rom wurden nun noch lange nach den Zwölf Tafeln die richteramtlichen Stellen von Patriciern eingenommen, auch die Adsessores und Patroni gehörten diesem Stande an. Ob und inwieweit

---

der Rede pro Murena sagt: er wolle in drey Tagen ein Jurist werden. Nur paßte dieß freilich nicht mehr auf seine Zeit oder nur auf diejenigen seiner Zeitgenossen, die bey dem früheren Betrieb der Rechtskunde stehen geblieben waren.

5) So ist der erste plebejische Jurist, welchen Pomponius nennt, P. Sempronius, unter den ersten plebejischen Pontifen. Liv. X. 9.

im Civilverfahren die Plebejer an dem Judicium Theil hatten, ist zur Zeit noch nicht gehörig ermittelt; wie dem aber auch sey, und allerdings waren wohl die Plebejer vom Judicium nicht ausgeschlossen, so beziehen sich wenigstens die uns bekannten Formen des Verfahrens hauptsächlich auf den Antheil des Magistratus an demselben, und jener Antheil der Plebejer kann auf keinen Fall die folgenden Sätze bedeutend modificiren. — Somit waren wirklich gewisse Personen und ein gewisser Stand nach diesem ihrem Einfluß auf die Rechtsanwendung für die Rechtsbildung besonders thätig, und weil derselbe äußerlich mehr hervortrat als der unmittelbare Antheil, den das ganze Volk an der Bildung und Kenntniß des Rechts hatte, so konnte schon bey den Römern die Idee entstehen, daß jene die ausschließliche Rechtskenntniß gehabt hätten. Man kann jedoch jene Personen ohne Gefahr eines Mißverständnisses nicht Juristen nennen, noch auch einen Juristenstand annehmen, von welchem sich vielmehr bis gegen Cicero hin keine sichere Spuren finden, und der sich erst in den allerletzten Zeiten der freien Republik und unter den Principes vollkommen ausgebildet hat. Der Einfluß jener Rechtskundigen (dieses Wort also in einem vorzüglicheren Sinne genommen) zeigte sich nun in der formellen Anknüpfung des Gewohnheitsrechts an die Sätze der Zwölf Tafeln. Denn da ein Gesetzbuch vorhanden war, so war es das natürlichste, und nach dem politischen Verhältniß der beiden Stände auch das unverfänglichste und loyalste Verfahren, sich in vorkommenden Fällen immer zuerst an dieses Grundgesetz zu wenden, und auch das übrige Recht im Lichte seiner Bestimmungen zu betrachten, wodurch dann eben jenes Resultat hervorgebracht und das Gewohnheitsrecht eine erweiterte Fortsetzung der einzelnen Gesetze der Zwölf Tafeln ward. So war also die Thätigkeit beschaffen, welche interpretatio genannt wird,

und deren Erklärung durch das bisherige versucht worden ist.

Ausser dieser Anschließung des Rechts an das Gesetz sind noch andere Anknüpfungspunkte und Niederlagen desselben zu nennen. Ein solches Organ sind vielleicht schon in der älteren Zeit die Edicta magistratuum, des Consuls, etwas später des Prätors, wenn wir nämlich annehmen dürfen, daß allgemeine Edicte, wie wir sie später finden, schon damals, freilich aber noch in geringem Umfang und in ihren ersten Anfängen im Gebrauch waren. Auch diese Edicte schlossen sich ohne Zweifel anfangs an die Zwölf Tafeln an, bis sie später eine andere Richtung und ihren eigenthümlichen, dem Recht des Gesetzes sogar entgegengesetzten Charakter erhielten. Damit hängt namentlich auch die Ordnung zusammen, welche für die prätorischen Edicte herkömmlich war, und die bekanntlich mit der Ordnung der Lex im ganzen vollkommen übereinstimmte. Ein ferneres Organ für die Erhaltung des Rechts waren jene bestimmten, unveränderlichen Formen bey gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften, welche in dem Gesetz verzeichnet waren, und nach dem Bedürfniß der Folgezeit auch vermehrt wurden, dann aber auch und viel bedeutender, als später zur Zeit der wissenschaftlichen Ausbildung, die Res judicatä. Aus Cicero's Schriften ist bekannt, wie häufig man sich noch zu seiner Zeit auf exempla und auctoritates berief, es liegt aber auch in der Natur der Sache, daß Präjudicien zu der Zeit eine größere Wichtigkeit haben müssen, wo man sich der Rechtssätze noch nicht als systematisch von einander abhängender und durch einander bedingter bewußt ist, wo man also äußerer Erkenntnißmittel des Rechts noch mehr bedarf als späterhin, wo es eine Erkenntniß von innen heraus, aus den leitenden Principien, aus einer inneren Nothwendigkeit giebt. Wenn die Meinung richtig wäre,

welche die Competenz der Centumvirn durch den Umstand bestimmt, daß eine streitige Rechtsfrage bey dem Proceß vorgekommen, so würden besonders die Urtheile dieser hier zu erwähnen seyn, aber sie ist weder begründet noch an sich wahrscheinlich, wie uns denn überhaupt noch irgend eine Notiz, irgend ein Punkt zu entgehen scheint, der wenn er bekannt wäre oder getroffen würde, die Dunkelheit, welche über dieser Richtergattung schwebt, vielleicht auf einmal erhellen würde [6]. Zu allem diesem kam endlich im fünften und sechsten Jahrhundert, besonders seitdem die Plebejer von keinem öffentlichen Berufe mehr ausgeschlossen waren, daß sich manche Römer nach freier Wahl vorzugsweise mit der Rechtskunde beschäftigten, und daß Rom damit wirklich anfieng, eigentliche Juristen zu haben. Diese ersten Juristen übten aber noch keine vollkommen wissenschaftliche Thätigkeit, und keinen produktiven Einfluß auf das Recht, sie verhielten sich im Gegentheil mehr passiv dazu und als Niederlagen desselben, als conditores im ursprünglichen Sinne des Worts, indem sie das alte gesetzliche Recht, die Leges und ihre Interpretatio festhielten gegen die Erweiterungen des römischen Rechts, welche sich von einer andern, nachher zu erwähnenden Seite her andrängten. Nun folgten auch juristische Schriften, namentlich Formelbücher, worunter das Jus Aelianum, welches in seinen drey Theilen [7] den Gegenstand der

6) Daß nach Lib. II. ad Herenn. cap. 13. gerade „die Decrete der Tribunen eine von den Hauptquellen des Gewohnheitsrechts" waren, wie Huschke (Tübinger krit. Zeitschr. Bd. III. S. 222.) will, kann ich in jener Stelle nicht finden.

7) Extat illius (Sex. Aelii) liber, qui inscribitur Tripertita, qui liber veluti cunabula juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege XII. tabularum praepo-

damaligen Jurisprudenz zu erkennen giebt, das bedeutendste Erzeugniß jener Zeit gewesen zu seyn scheint.

Als Resultat des bisherigen ergiebt sich Folgendes. Anknüpfungspunkte für das Gewohnheitsrecht während der zwey ersten Jahrhunderte nach dem Gesetze der Zwölf Tafeln waren mittelbar und hauptsächlich diese selbst, nach der obigen Darstellung der Interpretatio, unmittelbar aber die Gerichte in ihrer gesammten Thätigkeit, späterhin auch die Juristen, theils in der Eigenschaft gerichtlicher Haupt- und Nebenpersonen, theils als Respondenten und in Schriften. Das wesentliche in diesem Rechtszustand in Beziehung auf unsere Rechtsquelle ist der Vorzug des gesetzlich niedergeschriebenen Rechts der Zwölf Tafeln, an welches alles andere Recht angeschlossen wurde, wodurch es denn einerseits allerdings als ein damit identisches anerkannt wurde, andrerseits aber eine secundäre Stelle gegen das gesetzliche erhielt. Dieser Zustand wurde aber im sechsten Jahrhundert der Stadt durch diejenigen Umstände modificirt, von welchen im folgenden Kapitel die Rede seyn wird.

## Drittes Kapitel.

## Von dem Jus gentium und dem prätorischen Edict.

Im fünften und sechsten Jahrhundert der Stadt erhielt das römische Recht in dem Jus gentium eine ähnliche Erweiterung, wie die Stadt durch das übrige

sita, jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio. L. 2. §. 38. de O. J.

Italien und durch die Provinzen. Dieselbe hat das Jus civile ebensowenig verdrängt und aufgehoben, als Rom selbst, als Weltherrinn, aufgehört hat, Rom zu seyn, aber sie bewies sich dessen ungeachtet als eine stillwirkende, umgestaltende Kraft, die auf diesem innern Wege denselben Einfluß äußerte, welchen allmählich auch die Erweiterung des römischen Reichs ausgeübt hat.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß Rom schon in alter Zeit rechtlichen Verkehr mit Auswärtigen gehabt hat, lange vor der vorhin angegebenen Zeit. Wenn daher in der Folge dieser Verkehr als die Quelle des Jus gentium angegeben werden wird, so könnte es scheinen, als wenn der Einfluß desselben auf das römische Recht damit in zu späte Zeiten gesetzt würde. Dieses Bedenken erledigt sich, wie mir scheint, durch folgende Erwägungen. Der auswärtige Verkehr fand in der ältesten Zeit, wo die Stadt keines ausgedehnten Handels genoß, ohne Zweifel hauptsächlich mit den benachbarten und näher befreundeten Nationen statt. Von diesen hatten nun sehr viele das römische Commercium, und auf den Verkehr mit ihnen konnte daher das römische Jus civile selbst Anwendung finden. Dieß war der Fall bey der in dieser Beziehung sehr günstig gelegenen Stadt Cäre, und was noch mehr ist, bey sämmtlichen latinischen Städten, was denn für das Handels- und Verkehrsbedürfniß des ältesten Roms wohl genügen konnte. Es fragt sich nun aber hinsichtlich der letzteren, ob wirklich Latium damals das römische Commercium hatte? Mir scheint diese Frage bejaht werden zu müssen. Vor allem spricht dafür der Umstand, daß die Colonien, welche auf latinischen Grund und Boden ausgeführt wurden, die Latinität erhielten [1]), namentlich wenn wir damit

1) Cajus I. 131. Wenn dagegen derselbe Schriftsteller

die Stellung verbinden, welche Rom im latinischen Bund hatte, und dasjenige, was wir von dem Handelsverkehr unter den Bündnern, besonders bey den Zusammenkünften im Hain der Ferentina wissen. Dazu kommt dann noch der Name, welchen man dem eigenen Stand der Rechtsfähigkeit, der Fähigkeit des Commerciums beilegte, und der sich auf diese Weise am natürlichsten erklärt. Man könnte die Erklärung zwar auch darin suchen, daß anfangs latinische Colonien (im natürlichen Sinn, Colonien, auf latinischen Boden ausgeführt) jenes Recht erhielten, welches dann von ihnen, also nicht unmittelbar von Latium jenen Namen erhalten hätte, aber theils hätte die Benennung dann etwas sehr gezwungenes, und würde auch, um nur halbweg passend zu seyn, voraussetzen, daß ganz zufällig alle Colonien in Latium dieses Recht erhalten hätten, theils stimmt dazu der andere Name, den das Recht führt: jus Latii ganz und gar nicht. Mehr oder weniger würde also die Benennung immer als eine ganz willkührliche und aus dem Stegreif gemachte erscheinen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn meine Beantwortung jener Frage richtig ist. Hiernach war der Begriff jener so zu sagen halben Civität schon von Alters her vorhanden, und seine Bezeichnung als eine alte Qualität des latinischen Volks vollkommen gegründet, Sache und Namen konnte nun weitere Anwendung finden auf Colonien, zuerst auf solche die nach Latium geführt wurden, latinische Colonien in diesem Sinn, bei denen es dann sehr natürlich war, sie in den rechtlichen Verhältnissen ihrer Bür-

---

Comm. I. §. 79. sagt, das Volk der Latinen sey peregrinorum numero gewesen, und sie so den zu seiner Zeit noch existirenden Latinen entgegensetzt, so will er damit nur sagen, daß jene Latinen nicht römische Staatseingehörige gewesen seien.

ger zu den Römern wie ihre Landesgenossen zu beurtheilen, dann auf andere, durch welche der Begriff praktisch blieb, nachdem das latinische Volk die Civität erhalten hatte, endlich auf einzelne Individuen, Freigelassene und ihre Nachkommen, bey welchen er sich erhielt, als es auch keine colonarii latini mehr gab. Dieses Commercium der Latinen wurde übrigens wohl nicht bloß durch die politischen Verhältnisse Roms zu Latium, sondern auch durch die innere Verwandtschaft des latinischen und römischen Vermögensrechts herbeigeführt und begünstigt, und hat somit ursprünglich vielleicht weniger eine willkührliche Ertheilung, als vielmehr die Uebereinstimmung der Rechte selbst zum Grunde. Ausserdem müßte man annehmen, daß auch durch den Verkehr mit den Latinen vielleicht schon fremdartige Elemente in das römische Recht gekommen wären, denn die Latinen hätten zwar jene Geschäfte nach römischem Recht geschlossen, aber gewiß nicht verfehlt, auch den Bestimmungen ihres Rechts auf irgend eine Weise Eingang zu verschaffen [2].

---

2) Ich beschränke mich in Beziehung auf die Verhältnisse des alten Latiums auf das obige; eine nähere Darstellung würde hier nicht an ihrem Orte seyn. Auf dasjenige, was die alten Historiker von jenen Verhältnissen sagen, obgleich man es für eine Hauptquelle dieser Materie zu halten geneigt seyn möchte, ist deswegen kein großes Gewicht zu legen, weil dieselben über das frühere Verhältniß Roms zu den Latinen erweislich ganz falsche, aus der spätern Lage der Dinge geschöpfte Vorstellungen haben. Vergl. Niebuhr R. G. 1. Ausg. I. S. 368 fgg. II. S. 472 fgg. Mit mir scheint über das oben vorgetragene auch Huschke übereinzustimmen (in seines Vaters Analecta literaria S. 211.), wenn er bey Gelegenheit der Angaben des Dionysius (IV. p. 415. sq. Sylb.) über das latinische Bündniß von 261. sagt, daß wohl jede der beiden Nationen vorkommenden Falls nach ihrem eigenen Rechte gerichtet habe.

Schon unter den letzten Königen läßt sich ein lebhafterer Handel der Römer, selbst über das Meer hin, allerdings nicht in Abrede stellen, das erste Bündniß mit Karthago vom Jahr 245. giebt davon ein hinlängliches Zeugniß. Dessen ungeachtet können wir darum einen merklichen Einfluß fremder Rechtsprincipien auf die römischen Ansichten keineswegs annehmen. Denn einmal finden wir in dem alten Recht, soweit wir es kennen, und namentlich in den Sätzen der Zwölf Tafeln noch keine Spur eines solchen Einflusses, und dann ist aus jenem Vertrage selbst ersichtlich, wie der unmittelbare und innigere Verkehr der beiderseitigen Volksgenossen keineswegs begünstigt, vielmehr wo möglich nur auf das nothwendigste im Handel beschränkt ward [3]). Viel näher legt eine Einwirkung auf das römische Recht der Umstand, daß schon in älterer Zeit Peregrinen nach Rom zogen, dort wohnhaft wurden, und dadurch in mannigfaltige Rechtsverhältnisse zu den Römern kommen mußten. Aber abgesehen von dem Grunde, daß wir von einer so frühen Einwirkung in dem römischen Recht nichts bemerken, welcher auch hier einer Annahme derselben entgegensteht, tritt hier noch eine andere Bedenklichkeit ein. In der ältesten Zeit haben solche Einwanderungen die Plebs erzeugt. Nachdem nun aber dieselbe eine politische Stellung in dem römischen Gemeinwesen errungen hatte, nachdem die Plebejer Cives Romani in der vollen Bedeutung des Worts geworden waren, und namentlich nachdem die königliche Gewalt, in welcher wohl das Recht lag, jeden Einwanderer zum plebejischen Civis Romanus zu machen, aufgehört hatte, muß man behaupten, daß keineswegs jedem Einwanderer schlechthin die Civität verliehen worden sey. In welches Ver-

---

3) Niebuhr 2. Ausg. I. S. 559.

hältniß kam nun ein solcher? Späterhin, als die Zahl der in Rom wohnenden Peregrinen sich so vermehrte, daß zuweilen die Maßregel nothwendig wurde, sie auszutreiben, lebten sie ohne Zweifel, wie auch aus dem folgenden hervorgeht, schlechtweg als Peregrinen, und schon als solche schützte sie der Prätor in ihren Rechten. Das war denn in jener spätern Zeit auch eine nothwendige Folge davon, daß die Römer mit den meisten Völkern, deren Glieder in diesen Fall kommen konnten, in socialen, durch Bündnisse bestimmten Verhältnissen lebten. Lief nun auch Einer oder der Andere mit unter, welchem durch ein Bündniß mit seinem Volk, oder durch die Unterwerfung desselben unter römische Herrschaft der Rechtsschutz in Rom nicht garantirt war, so konnte er vielleicht auf Unbemerktheit unter der Menge der übrigen Peregrinen rechnen. In der älteren Zeit, als die Zahl der Peregrinen in Rom noch nicht so bedeutend war, hat es etwas sehr mißliches und mit den Ansichten der Völker in ihrer früheren Periode nicht zusammenstimmendes, anzunehmen, daß man einem Peregrinus so ohne weiteres Rechtsschutz und aequum jus zugestanden hätte [4]. Dagegen liegt es sehr nahe, daß dergleichen Einkömmlinge sich an einen Römer als ihren Vertreter, gleichsam Patronus, anschließen mußten. Dann aber erschienen sie weniger als selbstständige Personen, deren Recht hätte von Einfluß seyn können. Diese Vermuthung hat auch das für sich, daß dadurch, sofern sie richtig ist, ein sehr dunkles Verhältniß Licht erhält, welches bey Cicero unter dem Namen jus adplicationis, adplicare se ad aliquem quasi patronum vorkommt [5]. Zu seiner Zeit war

4) Eine Analogie geben die Ansichten der alten germanischen Stämme über diesen Punkt.

5) Cic. de orat. I. 39.

es obscurum et ignotum, es scheint also damals nicht häufig vorgekommen zu seyn. Da dieß noch weniger in späteren Zeiten der Fall ist, so ist anzunehmen, daß sein eigentliches Leben in frühere fällt. Nach meiner Ansicht nun würde es damals in vollem Gebrauch gewesen seyn, als das Jus gentium noch nicht so schlechthin anerkannt war, nachher wo es bey veränderten Verhältnissen der Peregrinen, welche nun auch selbstständig in ihren Rechten geschützt wurden, weniger Bedürfniß war, wäre es allmählich abgekommen, so daß schon zu Cicero's Zeit die Rechtssätze darüber unbekannt geworden waren. Auch der Fall selbst, welchen Cicero als denjenigen angiebt, in welchem sie einmal zur Anwendung kommen sollten, unterstützt meine Vermuthung. Es war ein Exilirter, dem der Aufenthalt in Rom verstattet worden, und dessen Hinterlassenschaft jemand als Quasipatronus in Anspruch nahm. Nehmen wir nun an, daß jener durch die Strafe des Exils Capitis deminutio media erlitten, also die Civität verloren hatte, was bey dem Exil zur Zeit der freien Republik die Regel war, so war es hier ein Peregrine, der sich adplicirte. Aber auch, wie gerade dieser dazu kam, sich in einen Schutz zu begeben, der bey gewöhnlichen Peregrinen nicht mehr vorkam, erklärt sich daraus. Weil er nämlich durch ein Strafurtheil Peregrine geworden war, so hatte er zugleich Consumtio existimationis erlitten, und als solchem konnte es ihm allerdings räthlich erscheinen, einen besonderen Schutz zu suchen, der einem gewöhnlichen Peregrinen nicht mehr Bedürfniß war.

Alles dieß bestimmt mich, den Anfang eines bedeutenderen Einflusses der Peregrinen auf das römische Recht in den Zeitpunkt zu setzen, welcher am Eingange dieses Kapitels angegeben worden ist, einen Zeitpunkt, in welchem Rom mit einer großen Zahl von Völkern in eine

nothwendige, fortdauernde Berührung gekommen war, und der Mittelpunkt der Welt zu werden anfieng, in dem ferner eine große Menge von Peregrinen zu Rom wohnhaft geworden waren, und ein eigener Peregrinenprätor ernannt wurde. Jener Einfluß gestaltete sich nun auf folgende Weise.

Wenn die Peregrinen unter sich oder mit den Römern Rechtsstreitigkeiten hatten, die nicht ausbleiben konnten, wie sollten diese entschieden werden? Ohne Zweifel mußten sie nicht allein im letzten, sondern auch im ersten Fall bey dem Prätor Recht suchen, denn eigene Richter aus ihrer Mitte waren ihnen, abgesehen von Schiedsrichtern, deren Ausspruch aber den Prätor nicht entbehrlich machte, gewiß so wenig verstattet, als sie sonst eine Art Verfassung hatten. Eher wäre es denkbar, daß die Judices, sofern der Streit sich auf peregrinische Parteien beschränkte, aus ihnen genommen worden, so wie in Sicilien durch die s. g. lex Rupilia bestimmt war, daß die Judices aus den Provincialen genommen werden sollten, wenn die Parteien oder wenigstens die Beklagten Sicilier seien [6]). Von dem Zustand einer Provinz, welche ihre bestimmte Verfassung hatte, kann freilich nicht auf die Peregrinen in Rom, die dort in keiner anerkannten Verbindung standen, geschlossen werden. Aber auch Cajus [7]) setzt voraus, daß Peregrinen Judices seyn konnten, und wie es scheint, auch in Rom. Was es aber auch damit für eine Bewandtniß haben möge, und namentlich ob dieß letztere schon in den früheren Zei-

6) Cic. in Verr. II. 13. Hier gab dann der Prätor eine auf das Provincialrecht selbst hinweisende Formel z. B. tum si eorum legibus dare oporteret. Cic. l. c. cap. 12.

7) Cajus IV. 105.

ten statt gefunden habe, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. In jedem Fall waren nach jener Analogie die Judices Römer, wenn ein Peregrinus gegen einen Civis klagend auftrat. Uebrigens sind auch die Fälle, wo der Prätor nicht bloß eine mechanische und in der bloßen Bestellung eines Juder bestehende Thätigkeit, sondern einen wirklichen Einfluß auf das anzuwendende Recht hatte, als die überwiegenden anzusehen, weil nur so das Bedürfniß eines eigenen Peregrinenprätors, und die Erlassung eines allgemeinen Edicts von ihm sich vollständig erklären kann.

Nach welchem Recht hatte nun in solchen Processen der Prätor zu entscheiden? Unmöglich nach römischem, denn die Peregrinität bestand eben in der Unfähigkeit, nach römischem Recht zu leben. Waren die Parteien aus derselben Gegend, so beriefen sie sich auf Gewohnheit und Recht ihrer Heimath, und Prätor und Juder beruhigten sich dabey, wenn sie sich von der Wahrheit dieser Behauptung überzeugt hatten. Aber auch dieß mußte nach und nach bey solchen wegfallen, die durch langen Aufenthalt in Rom ihrem Vaterland entfremdet worden waren. Dazu kommt noch, daß es oft, selbst wo ein specielles fremdes Recht Anwendung finden konnte, schwierig seyn mußte, sich von der wirklichen Existenz des anzuwendenden Rechtssatzes in Rom zu überzeugen; und in den allermeisten Fällen, nämlich wenn zwischen Peregrinen verschiedener Herkunft oder zwischen Römern und Peregrinen zu entscheiden war, reichte dieses Hülfsmittel ohnedieß nicht aus. Dieses Bedürfniß nun führte auf eine ganz neue juristische Thätigkeit der römischen Prätoren, und dann auch wegen der Verschiedenheit der richterlichen Functionen zu einer neuen Prätur, zur Aufstellung eines praetor, qui inter peregrinos oder inter cives et peregrinos jus dicebat.

Es

Es kam darauf an, nach einem Recht zu urtheilen, welches seinem Inhalt nach nicht an die Individualität eines Volks geknüpft war. Man könnte hiernach glauben, die zur Entscheidung jener Rechtsstreite und zu jenem Verkehr überhaupt nöthigen Normen seien dadurch erzeugt worden, daß man von dem eigenthümlichen, nationalen am römischen Recht abstrahirt und das allgemeine davon auf jene Fälle angewendet hätte. So scheinen sich die Sache diejenigen vorgestellt zu haben, welche das Jus gentium mit dem Naturrecht der Neueren vergleichen. Aber dieß würde, abgesehen von anderen Gegengründen, einen Grad wissenschaftlicher Fertigkeit und Beherrschung des Rechtsstoffs, überhaupt einen Standpunkt wissenschaftlicher Behandlung des Rechts voraussetzen, welcher in jenen Zeiten durchaus nicht anzunehmen ist [8]). Der Stoff für dieses neue Recht kam vielmehr sicherlich aus den Rechten der Peregrinen selbst, wie sie den Römern in jenen Rechtshändeln nach und nach bekannt wurden. Die römischen Magistrate mit ihren Adsessoren betrachteten diese natürlich zugleich im römischen Lichte, nach römischer Denkweise, und dieß führte sie ganz von selbst auf ein allgemeines Peregrinenrecht. Denn die Individualität der fremden Rechtssätze, soweit sie in der römischen Peregrinenpraxis (wenn es erlaubt ist, sich dieses Ausdrucks zu bedienen) vorkamen, die nationale Ei-

---

8) Durch die bestimmtesten Zeugnisse, namentlich der späteren römischen Juristen selbst, welche doch wenigstens die Fähigkeit zu dieser Abstraction gehabt hätten, widerlegt jene Meinung mit gewohnter Gründlichkeit Dirksen über das Jus gentium, im Rhein. Museum 1. Jahrg. S. 1. fgg. So könnte jemand z. B. die Syngrapha durch eine Abstraction aus dem römischen Recht erklären wollen, aber wir wissen, daß sie eine andere Entstehung hatten.

genthümlichkeit dieser Sätze mußte schon dadurch verschwinden, daß es Römer waren, welche dieselben in ihr Rechtsbewußtseyn aufnahmen, und so entstand daher allerdings aus der vergleichenden Anwendung einzelner Peregrinenrechte, ohne eine mit Bewußtseyn abstrahirende Thätigkeit von Seiten der Römer, ein allgemeines Recht. Daß der Stoff desselben wirklich aus den Peregrinenrechten genommen ward, das erhellt nicht allein aus der Natur der Sache, dem Bedürfnisse selbst und der Art und Weise, wie dieses entstanden ist, sondern auch aus den Aeußerungen der römischen Juristen darüber [9]), so wie endlich aus dem Namen, welchen die Römer diesem Recht beilegten. Es heißt Jus gentium. Gentes aber heißen, nach einem erwiesenen römischen Sprachgebrauch, wiewohl er nicht der ausschließliche ist, im Gegensatz zu Rom alle auswärtige Völker [10]), und in diesem Sinne scheint das Wort auch hier genommen zu seyn, wo es den Gegensatz zu dem eigenthümlich römischen Recht, dem Jus civile bezeichnet. Hiernach wäre: Peregrinenrecht eine getreue Uebersetzung des Worts.

So wie das römische Recht auf das Jus gentium durch die Personen, welche es ausbildeten, den vorhin angedeuteten Einfluß hatte, welcher dasselbe selbst zu einem römischen Recht machte, so blieb auch umgekehrt das

---

9) s. Dirksen a. a. O., nur daß dieser Gelehrte sich auf die Ansichten der Juristen selbst beschränkt, in welchen die Sache schon künstlicher erscheint, als sie ursprünglich war, wo gewiß niemand an eine Uebereinstimmung aller Peregrinenrechte, deren Kenntniß nur irgend erlangt werden konnte, gedacht hat.

10) Auctor de bello hispan. c. 17. in f. Tacitus Germ. c. 33. in f. vielleicht auch Capitol. in Marco c. 22. und L. 25. de appellat.

Jus gentium nicht ohne eine sehr bedeutende Einwirkung auf das Recht der Römer [11]). Diese Einwirkung bestand anfänglich darin, daß seine Sätze auch für die Römer und zwar nicht bloß für ihre Verhältnisse zu Peregrinen geltend wurden, wobey es noch in vollkommener Absonderung von dem Jus civile bleiben konnte, dann aber in einem umfassenderen Einfluß auf das Jus civile selbst, in einer inneren Vereinigung mit demselben, welche vornämlich das Werk der römischen Juristen aus der Cäsarenzeit ist; wiewohl auch hier noch das fortwährende praktische Interesse des Unterschieds zwischen beiden Rechten, wegen der Fortdauer der Peregrinität, denselben keineswegs verschwinden ließ. Den Beginn jenes Einflusses können wir uns auf folgende Weise anschaulich machen. Ueber gewisse nichtrömische Rechtssätze und Geschäfte, welche von Römern gegen Peregrinen vor dem Prätor peregrinus geltend gemacht werden konnten, namentlich über solche, welche ihrer Grundlage nach auch im römischen Recht sich fanden, wobey also die nichtrömische Eigenschaft in der eigenthümlichen juristischen Form bestand, in welcher sie das Jus gentium gegenüber dem Jus civile auffaßte, so daß mithin derselbe Grundstoff in beiden Rechten, aber in verschiedener Ausbildung sich fand, — über solche Verhältnisse entstand ebendeshalb die sehr natürliche Ueberzeugung, daß sie auch, wo es sich um Ansprüche unter Römern handelte, jene Gültigkeit haben könnten, daß sie mithin eben so gut vor dem Prätor urbanus gelten müßten, als vor dem Peregrinenprätor, wenn zufällig ein Peregrine die Gegenpartey wäre, und daß denn auch jener Ursache habe, sie etwa in sein Edict aufzunehmen. Ein Beispiel giebt das Recht des Eigenthums. Gewiß bestand lange Zeit nur

11) Ueber den Einfluß des gerichtlichen Verfahrens s. Huschke a. a. O. S. 217.

Ein Eigenthum in Rom, und es hatte jemand entweder dieses römische (ex jure quiritium), oder gar kein Eigenthum. Dieses römischen Eigenthums waren die Peregrinen nicht fähig, wohl aber wurde Eigenthum derselben anerkannt und von dem Prätor mit einer in rem actio geschützt, nach der Analogie des römischen Rechts. Für die Erwerbung dieses Eigenthums wurden natürlich nicht die römischen Bedingungen gefordert, sondern dasjenige, was sich etwa in den Rechten der Peregrinen darüber fand, ebenfalls unter römische Gesichtspunkte gebracht. Wenn ein Römer unter einem derivativen Titel von einem Peregrinen erwarb, so konnte der letztere eine Mancipatio oder In jure cessio nicht vornehmen, also wofern eine solche Handlung nothwendig war, der Empfänger auch um deswillen durch die Uebertragung nicht quiritarischer Eigenthümer werden, ja es war consequent, zu behaupten, daß der Peregrine überhaupt nur das Eigenthum übertragen könne, das er selbst hatte, also das bonitarische. Verfolgte nun der Römer dieses Eigenthum gegen einen Peregrinen, so wurde er von dem Prätor peregrinus mit der utilis Vindicatio geschützt; widersinnig und dem Begriff eines dinglichen Rechts zuwider wäre es aber gewesen, wenn, sofern zufällig ein Römer der Besitzer war, der Prätor urbanus die dingliche Klage versagt hätte. Oder, wenn man annehmen will, daß es gerade nicht widersinnig gewesen wäre, weil etwa den einen Prätor das Recht des andern nichts angieng, so war es wenigstens wirkliches Bedürfniß, daß der Prätor urbanus seinen Schutz ebenfalls angedeihen ließ, und der Uebergang dazu sehr natürlich. Auch dieser nahm sie daher in sein Edict auf, und da die Formel der Publiciana in rem actio wie sie Cajus giebt, auch auf diesen Fall vollkommen paßt, so kann man wohl annehmen, daß die Klage, mit der das bonitarische Eigenthum vor dem Prätor urbanus geltend gemacht wurde, keine an-

dere als diese war, die wahrscheinlich erst nachher auf die Bonä fidei possessio ausgedehnt wurde [12]. Davon war nun nur noch ein kleiner Schritt zu dem Satz, daß auch der Römer dem Römer bonitarisches Eigenthum solle übertragen können, das heißt, wenn wegen eines Mangels das quiritarische Eigenthum nicht übergieng, aber die Bedingungen des bonitarischen vorhanden waren, wenigstens die Wirkung eintreten sollte, wie wenn ein Peregrine der Uebertragende gewesen wäre, wodurch denn das römische Eigenthum selbst zu einem zweifachen wurde.

Es ist vorhin schon ein noch umfassenderer Einfluß des Peregrinenrechts auf das römische erwähnt worden, als der, den ich den ersten genannt habe. Von diesem noch einiges, wobey auch der Begriff der römischen Juristen vom Jus gentium zur Sprache kommen wird. Man kann sagen, daß jene Verarbeitung des Peregrinenrechts für den römischen Bedarf, wie sie oben geschildert worden ist, der erste Anfang einer productiven wissenschaftlichen Thätigkeit in Rom, und, wie es überhaupt der Charakter der Wissenschaft ist, über das partikuläre, also auch über das streng nationale hinauszugehen, der Keim war, aus welchem die römische Rechtswissenschaft entstand. Jenes Eindringen eines allgemeineren Elements, welches eben so bey den Römern bemerkbar ist, wie bey

12) Cajus IV. 36. Der Zusatz in dem Edict, das uns in L. 1. de publici. gegeben wird, non a domino, ließe sich vielleicht so verstehen, daß auch in diesem Ausdruck beide Fälle enthalten wären: non a domino (legitimo) und non a domino überhaupt; aber auch abgesehen davon, daß Ein Fall (die Tradition einer Res mancipi vom quiritarischen Eigenthümer) doch nicht darin enthalten wäre, ist es natürlicher anzunehmen, daß zwey Sätze des Edicts von jenen zwey Fällen gehandelt haben.

allen Völkern, welche dadurch zur Reife gebracht werden, aber freilich ebendeshalb auch zum Untergang (sey es nun, daß dieser ein gänzlicher ist, oder daß dem Volk eine neue Geburt bevorsteht), dieses allgemeinere Element also hatte bey dem römischen Recht diesen bestimmten, sichtbaren Ursprung. Im späteren Verlauf freilich, wenn dasselbe mächtiger wird, im Rechte, wie in dem Volkscharakter überhaupt und in der Verfassung (welche eben so ihre Eigenthümlichkeiten allmählich verlor, bis man sie unter den späteren Kaisern in zwey Worte fassen konnte) — lassen sich auch die Wege nicht mehr so bestimmt bezeichnen, auf welchen es in das römische Recht Eingang fand. Es gab aber in der That, nämlich nicht bloß dem Namen nach, ein römisches Volk noch in den ersten drey Jahrhunderten unserer Zeitrechnung, und erst von dieser Zeit an bricht es in einzelne Trümmer; so erhielt sich auch im Recht das nationale Element aufrecht gegen das eindringende allgemeinere, wie in der Verfassung, und es hatte noch die Kraft, dieses letztere sich selbst anzueignen und zu nationalisiren, ja die Jurisprudenz jener Zeit und die Unfähigkeit der späteren Zeit, das Gebäude derselben zu verwüsten, hat dem römischen Recht damaliger Zeit eine viel festere und vollkommenere Dauer verschafft, als die römische Verfassung gehabt hat.

Den römischen Juristen ist hiernach das Recht aus zwey Quellen entstanden und besteht aus zwey Theilen, dem Jus civile und dem Jus gentium. In diesem letzteren ist nun dasjenige enthalten, was ich das allgemeine Element im römischen Recht genannt habe, den römischen Juristen aber hat es zugleich eine bestimmtere Gestalt. Es ist ihnen das Recht, welches apud omnes gentes, ja inter omnes homines gilt. Hier ist nun eine bewußte Abstraction hinzugekommen, welche die ältere, beschränktere Ansicht nach den obigen Bemerkungen nicht hatte.

Als der Erzeuger dieses Rechts erscheint hier im Gegensatz zu dem partikulären Volksgeist, die allen Menschen gemeinschaftliche naturalis ratio; daher kann ich die Vernunftgemäßheit nicht mit Dirksen [13]) für ein bloß zufälliges Attribut halten. Nur muß man dabey nicht an die Vernunft unserer Naturrechte denken, sondern das Wort so nehmen, wie es die Römer verstanden. Auch war um dieser rationellen Zuthat und Erweiterung willen keine Gefahr müssiger und vager Speculationen. Der Umstand, daß der Begriff noch immer ein sehr praktischer war, indem nicht allein die Rechtsfähigkeit der Nichtcives, sondern auch manches andere damit zusammenhieng [14]), würde der Speculation bestimmte Gränzen gesetzt haben, auch wenn diese nicht schon in dem wissenschaftlichen Charakter der römischen Juristen gelegen wären. So heißt nun zwar jus gentium bey den römischen Juristen nicht mehr schlechterdings Peregrinenrecht, dennoch aber hängen ihre Ansichten mit jenen früheren Zuständen zusammen, und können daher, ohne daß jene mit in Betrachtung gezogen werden, meiner Ueberzeugung nach nicht vollkommen richtig aufgefaßt werden. Auch haben ja die Juristen das Jus gentium nicht erst hervorgebracht, sondern es vielmehr als einen Theil des ihnen gegebenen Rechtsstoffes überkommen. Eben deshalb wird die Vernunftgemäßheit als ein Bestandtheil ihres Begriffs nicht dadurch ausgeschlossen, daß etwa ein Institut, welches die römischen Juristen zu dem Jus gentium rechnen, der naturalis Ratio nicht entspricht, denn das Jus gentium wurde nicht nach dem Begriff, sondern der Begriff nach dem schon vorhandenen Zustand gemacht. Dabey aber störte eine einzelne Ausnahme so wenig, als man

---

13) a. a. O. S. 6.

14) s. z. B. L. 53. de adquir. dom.

sich abhalten ließ, das Jus civile einer civilis ratio zuzuschreiben, wenn gleich diese Ratio nicht allen Sätzen desselben zugeschrieben werden konnte.

---

Uns interessirt hier zunächst die Form, in welcher dieses Element des römischen Rechts zu bestehen anfieng und fortfuhr. Daß das Jus gentium Gewohnheitsrecht war, und im ganzen bloß als solches entstand, bis es in der wissenschaftlichen Zeit in die Hände der Juristen übergieng, und von diesen weiter fortgebildet wurde, darf ich nach dem bisherigen voraussetzen. Ich sage: im ganzen, indem ich nicht widersprechen mag, wenn jemand behaupten wollte, daß mancher einzelne Satz sich vielleicht auf Festsetzungen in Völkerverträgen gegründet habe, abgesehen noch von dem Einfluß der Magistrate auf dessen Bildung, wovon im folgenden die Rede seyn wird. Es ist nämlich nun von einem sehr bestimmten und den Römern eigenthümlichen Organ des Gewohnheitsrechts, und namentlich auch dieses zu handeln. Dieß führt zum Schluß noch einmal auf die prätorischen Edicte, welche zwar schon früher als Anknüpfungspunkte des Rechts angegeben worden sind, die aber besonders durch das Jus gentium und seinen Einfluß viel bedeutender wurden, als in der Zeit, von der oben die Rede war. — Ueber das Wesen dieser Rechtsverzeichnungen sind zwey verschiedene Meinungen von zweien unserer ersten Civilisten aufgestellt worden. Hugo vergleicht die Edicte ihrem Inhalt nach mit unseren Proceßordnungen, doch mit der ausdrücklichen Erklärung, daß jene sich so wenig als diese auf die Formen des Processes beschränkten. Immer aber liegt darin die Behauptung, daß diese Formen der Grundinhalt der Edicte gewesen seien. Nach Savigny hingegen ist das Edict die Controle des nach und nach sich erweiternden Gewohnheitsrechts, das Organ, wel-

ches für die Auffassung und Erhaltung desselben bestimmt war. Für den gegenwärtigen Zweck mögen folgende Bemerkungen genügen. Es ist einestheils unbestritten, daß die prätorischen Edicte sehr viele materielle Rechtsbestimmungen enthielten, auch gehören die allermeisten der uns daraus überlieferten Sätze unter diese Rubrik, eben so aber anderntheils, daß in der Form der Verzeichnung die Function sichtbar ist, welche den Edicenten dazu veranlaßte, indem die Rechte darin gleich in der Form auftraten, wie sie gerichtlich geltend zu machen waren. Bloße Proceßformen aufzuzeichnen konnte der Prätor beziehungsweise wenig Veranlassung haben, besonders der Prätor urbanus in der Zeit, wo noch die Legis actiones allgemeine Anwendung fanden, wenn er nicht etwa diese selbst zu jedermanns Nutz und Frommen in albo proponirte. Ferner existirten über den wichtigsten Theil des Processes, welcher vor dem Judex verhandelt wurde, höchst wahrscheinlich keine oder wenige bestimmte Vorschriften für die Form des Verfahrens. Auf jeden Fall ist es hier nur um den Einfluß des Prätors auf das Recht selbst zu thun, und wir sehen ab von den Bestimmungen des Edicts, welche bloß die Form des Processes betrafen, und die, wo sie nicht durch Gesetze gegeben waren, die Behörde natürlich nach ihrem eigenen Ermessen normirte.

Woher nahm nun der Prätor das Recht, welches er in seinem Edict verzeichnete? Es ist jetzt entschieden, daß er, sofern er seiner Pflicht gemäß verfuhr, nicht nach Belieben Rechtssätze erfand oder aufhob; wir sehen dieß besonders aus den Vorwürfen, welchen sich Verres durch das entgegengesetzte Verfahren aussetzte. In der Provinz war eine solche Willkühr leichter möglich, als in Rom unter den Augen des Senats und des Populus Romanus, doch auch hier scheinen dergleichen Unordnungen sich ereignet und die von Asconius erwähnte Lex

Cornelia veranlaßt zu haben. Jedenfalls muß dasjenige, was schon in der Provinz als ein Unrecht angesehen ward, in der Stadt ein Frevel geschienen haben. Der Prätor nahm also aus dem bestehenden Recht den Inhalt seines Edicts, und hier natürlich vorzugsweise aus dem ungeschriebenen, aus dem in der Volkssitte lebenden Recht, weil er hier durch die Aufzeichnung einem bey der anwachsenden Masse des Rechts besonders fühlbaren Bedürfniß entgegenkam. Nach der Verschiedenheit der Fälle verhielt er sich bald mehr receptiv, bald mehr productiv. Als der Prätor z. B. den Satz in sein Edict setzte: nautae, caupones, stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo — so ist hier keine productive Thätigkeit sichtbar, er zeichnete nur auf, was sich schon mit derselben Bestimmtheit und in vollkommener juristischer Form in der Volksüberzeugung gebildet haben konnte, und wahrscheinlich auch gebildet hatte, seitdem Fremde (im natürlichen Sinne, nicht gerade nothwendig Peregrinen) häufiger Geschäfte in Rom hatten. Wenn er aber dem bonitarischen Eigenthümer eine dingliche Klage versprach, so war dieß nach den obigen Bemerkungen allerdings auch ein Rechtssatz, der in der unmittelbaren Volksüberzeugung entstanden war, indessen verhielt sich der Prätor hier doch nicht bloß receptiv. Eine bloße einfache Anerkennung des bonitarischen Eigenthums nämlich war hier nicht hinreichend, indem ein Rechtsstreit über dasselbe nicht auf eine schon gegebene und in dem Edict des Prätor urbanus anerkannte Art eingeleitet werden konnte, denn schlechtweg ex jure Quiritium zu vindiciren konnte in diesem Fall niemanden beigehen, und weiter gab es keine Vindication. Der Prätor mußte daher jenem Rechtssatz erst die bestimmte juristische Gestalt geben, und er that dieß wahrscheinlich (s. oben) durch die Fiction der Usucapion. Noch productiver erwies er sich, wenn er

einem noch mehr oder weniger unbestimmten Bedürfniß, welches sich noch gar nicht bis zur Erzeugung eines sicheren Rechtssatzes geltend gemacht hatte, durch eine Bestimmung entgegenkam, wie z. B. bey der Bonorum possessio. — Beide Prätoren standen sich übrigens in dieser Hinsicht gleich, auch der Prätor peregrinus war nicht der Schöpfer eines neuen, sondern das Organ eines bestehenden Rechts, indem das Jus gentium sich bald zu einer gewissen Sicherheit ausgebildet hatte, nachdem ihm seine Anwendung gesichert war, aber auch bey ihm kamen ohne Zweifel die verschiedenen Grade der Einwirkung vor, welche ich eben mit Beispielen aus dem Edict des Prätor urbanus belegt habe. So wie nun überhaupt das Jus gentium auf die Ueberzeugung des römischen Volks, und so auf das römische Recht immer mehr Einfluß erhielt, so mußten sich auch die Edicte der beiden Prätoren immer ähnlicher werden.

Durch jene productive Thätigkeit der Prätoren werden wir auf die merkwürdige Erscheinung hingewiesen, daß der Anfang der eigentlichen Rechtswissenschaft nicht von den eigentlichen Juristen aus den mittleren Zeiten der freien Republik unmittelbar, sondern von einer Behörde ausgieng, zu deren Einfluß auf das Recht vielmehr jene Juristen einen Gegensatz bilden [15]. Daher ist es denn auch ein untrügliches Kennzeichen dafür, daß zu Cicero's Zeit die wissenschaftliche Ausbildung des Rechts bereits begonnen hatte, wenn er sagt, daß nun die Juristen nicht mehr, wie ehedem, die Zwölf Tafeln als die Grundlage, aber gewissermaßen auch als die Gränze ihres Wissens ansähen, sondern sich zu den prätorischen Edicten gewen-

---

15) S. über dieses und das vorhergehende Savigny Rechtsgesch. I. S. 3.

det hätten [16]. — Das Resultat des bisherigen ist also, daß die prätorischen Edicte zum Theil bloße Niederlagen des Gewohnheitsrechts, zum Theil aber selbstständige Rechtsquelle, und insofern materiell eine Vorbereitung für die Wissenschaft waren. Wegen dieses letzteren Umstands erscheinen dieselben überhaupt selbstständiger, als sie in der That waren. Darum sind sie von den Neuern gewöhnlich in eine Parallele mit dem gesetzlichen Recht gestellt worden. Diese Ansicht ist nicht allein in der Gestalt, welche sie bey früheren Gelehrten trägt, welche das Wesen des prätorischen Einflusses auf das Recht gänzlich verkannten, sondern überhaupt unrichtig. Auch die römischen Juristen faßten die Edicte nicht als Organe des Gewohnheitsrechts auf, was dieselben auch zu ihrer Zeit nicht mehr so wie früherhin waren, aber sie waren auch nicht, wie die Neuern durch ihre Theorie der Rechtsquellen genöthigt, sich schlechterdings für das eine oder das andere zu entscheiden, da sie noch nicht gelernt hatten, daß alles Recht entweder promulgirtes oder Gewohnheitsrecht sey.

## Viertes Kapitel.

### Cicero über das Gewohnheitsrecht.

Cicero geschieht nicht selten nach zwey Seiten hin zu viel. Einmal, wenn man sich leichter, als billig, über juristische Aeußerungen von ihm hinwegsetzt. Namentlich seine rhetorischen Schriften bestätigen es, daß so schwach er befunden werden mag, wo er auf sich verwiesen ist, er doch ein großes Talent in der Auffas-

16) Cic. de legib. I. 5.

sung des ihm überlieferten zeigt, sofern es nicht überhaupt über seinen Horizont hinausgeht, wie es ihm mit der Philosophie widerfährt, wo die verschiedensten Schulen in seinem Kopfe das bunteste Spiel treiben. So sind in der Topik, um diese kleine, für uns so interessante Schrift als Beispiel zu gebrauchen, die Argumente, womit er die juristischen Sätze unterstützt, häufig ganz schief angebracht, aber die Sätze selbst und ihr Ausdruck sind gewöhnlich in Ordnung, und um so mehr zu beachten, als sie wirklich aus dem Leben und der fori disputatio genommen sind. Wenn er z. B. sagt, zu definiren seien entweder körperliche Gegenstände, oder unkörperliche, so führt er von jenen nicht Beispiele aufs Gerathewohl, sondern solche an, bey denen wirklich eine nähere Bestimmung in jure Bedürfniß werden konnte, und geworden war. — Auf der anderen Seite setzt man seiner juristischen Ehre zu, was man ihr dort abzieht. Ich meine den Einfluß, den er auf die späteren Juristen ausgeübt haben soll [1]). Ich will zu diesem Behuf an die Vergleichung zweier Stellen erinnern. Cicero sagt im siebenten Kapitel der Topik: Solebat igitur Aquilius, collega et familiaris meus, quum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus iis, ad quos id pertinebat, quid esset litus, ita definire, qua fluctus eluderet. Hier schreibt er also die Bestim-

---

1) So haben unsere Juristen in dem Begriff der körperlichen und unkörperlichen Dinge einen solchen Einfluß Cicero's, oder wenigstens überhaupt stoische Philosophie verspürt. Dagegen habe ich umgekehrt einen Philosophen bey Gelegenheit des 5. Kap. der Topik sagen hören, Cicero möge den Begriff wohl von den Juristen haben. Und wenn ich die Bedeutung gerade des Berührens im römischen Recht erwäge, so stehe ich nicht an, mich für den letzteren zu entscheiden.

mung des Litus dem Aquilius zu. Daraus, daß man dieß bey Cicero zu lesen bekam, konnte bey solchen, welche die Stelle nicht vor sich hatten, leicht die Meinung entstehen, Cicero habe litus so definirt, und so konnte es endlich Tradition werden, von Cicero rühre diese Bestimmung ursprünglich her; etwa, weil sich solche Sagen gewöhnlich ins Detail ausbilden, — er habe sie gemacht, als er einmal Urtheiler in einer solchen Sache war. In dieser Gestalt finden wir nun jene Stelle wirklich wieder bey Celsus [2]: Litus est, quo usque maximus fluctus a mari pervenit, idque M. Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse. Freilich müssen aber die Juristen ihren Cicero sehr wenig gelesen haben, wenn sich eine solche Tradition unter ihnen erhalten konnte [3].

Seine Kenntnisse in der Jurisprudenz, so gern er sich über juristische Dinge vernehmen lassen mag, waren auch zu abgerissen und unvollständig, und, was die Hauptsache ist, er, der Redner und Griechisch-Gebildete, hatte zu wenig eigentlich juristischen Sinn, als daß er in ein näheres Verhältniß zu den späteren Juristen hätte treten können. Was man von seiner Sprache bemerkt hat, daß sie dem römischen Sprachgeiste zuwider, ja daß durch seinen Einfluß in dieser Hinsicht die römische Sprache verdorben worden ist, das gilt von seiner wis-

---

2) L. 96. de V. S.

3) Ich freue mich, damit zugleich diejenigen unter unsern Juristen, welchen neulich vorgeworfen worden ist, sie hätten nicht einmal ihren Cicero de amicitia gelesen (was freilich die, welche ihn wirklich gelesen haben, nicht für eine große Sünde halten sollten) auf eine Entschuldigung, sowie die, welche zu Vorwürfen gegen die römischen Juristen so geneigt sind, auf einen abermaligen Flecken derselben aufmerksam gemacht zu haben.

senschaftlichen Tendenz überhaupt, nur daß ihm hier nicht, wie dort, eine bedeutende Einwirkung beschieden war. Wie wenig Effect seine philosophischen Schriften gemacht haben, sieht man schon daraus, daß von den technischen Ausdrücken, welche er zur Uebertragung der griechischen Terminologie erfand und gebrauchte, ausserordentlich wenige bey den folgenden lateinischen Philosophen sich erhalten haben. Und in der That sind seine Schriften, soweit sie griechischen Mustern nachgebildet sind, offen gesprochen, zu schlecht, als daß jemand hätte in Versuchung kommen können, sich mit ihnen zufrieden zu stellen. Seine Liebe zur griechischen Philosophie war nicht gegenseitig. Aber wenn auch sein Streben glücklicher gewesen wäre, so verbietet uns schon der wissenschaftliche Charakter der Juristen, eine engere Verbindung zwischen ihnen und Cicero anzunehmen. Man muß vielmehr behaupten, daß auf dem griechisch-philosophischen Wege, den er einschlug, die Jurisprudenz Papinians nicht hätte entstehen können.

Dessenungeachtet aber ist es uns von großem Interesse, in welchem Lichte die bisher abgehandelten Gegenstände in Cicero's Schriften erscheinen. Sofern seine Aeußerungen ihm selbst angehören, deshalb, weil er uns als der gebildeteste Römer seiner Zeit, die der Wendepunkt der römischen Geschichte ist, überliefert wird, wie manchen vielleicht glücklichen Nebenbuhler in dieser Hinsicht ihm auch die Ungerechtigkeit der Zeit vertilgt, wie manchen seiner Flecken sie auch verwischt haben mag. Dann aber war er doch ein Römer, und seine Ansichten, namentlich wo er es mit einheimischen Gegenständen zu thun hat, haben, wenn auch kein reines, so dennoch immerhin ein römisches Gepräge. Sofern aber das, was er schreibt, etwas ihm überliefertes ist, vorausgesetzt daß es eine römische Quelle hat, so wird es nur

um so wichtiger für uns seyn. Deswegen halte ich die Kenntniß seiner Aeußerungen für eine sehr ersprießliche Vorbereitung zum Verständniß der Juristen, namentlich der Pandektenstellen über unseren Gegenstand, und vielleicht kann mit dieser Hülfe mancher Irrthum vermieden werden, der bey den Neueren darin seine Hauptquelle hat, daß sie immer wieder in ihren eigenen, modernen Ansichten befangen an die Betrachtung jener fragmentarischen Ueberlieferungen gegangen sind. Aus diesem Grund habe ich für dienlich erachtet, ehe ich auf die römischen Juristen übergehe, dieses Kapitel einzuschalten; es rechtfertigt sich aber auch aus dem bisherigen die einsame Stellung, welche ich hiermit Cicero's Ansichten gegeben habe.

Eine vollständige Darlegung der Stellen, worin Cicero des Gewohnheitsrechts Erwähnung thut, wäre hier nicht an ihrem Orte. Es wird vielmehr für den gegenwärtigen Zweck genügen, folgende, welche ich für die wichtigsten halte, in nähere Betrachtung zu ziehen. Die erste, an die ich mich wende [4]), enthält eine Angabe der Theile oder Organe des Jus civile. Die Aufzählung nimmt (abgesehen von den Senatsbeschlüssen, die ich wegen ihrer Unwichtigkeit in jener Zeit nicht erwähnt habe) den Gang, welchen die Darstellung in den vorigen Kapiteln genommen hat. Die Lex erscheint als das erste, gleichsam als die feste Grundlage des Ganzen; dann folgen die Glieder, welche oben, besonders als Organe

4) Top. 5. . . . . (definitiones) partitionum, cum res ea quae proposita est, quasi in membra discerpitur; ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.

gane des Gewohnheitsrechts vorgekommen sind, in historischer Ordnung. Mos bedeutet nicht schlechthin das Gewohnheitsrecht, sondern nur dasjenige, welches nicht eine der angegebenen bestimmten Formen erhalten hat, denn Cicero spricht, wie sich aus dem Charakter der Stelle, und ihrer Vergleichung mit anderen ergiebt, nicht von der Entstehung, sondern von den Niederlagen und Erkenntnißquellen des Jus civile. Von der aequitas wird noch weiter unten die Rede seyn. Es ist (in Erwägung, daß schon zu Cicero's Zeit ausführliche Schriften über das Recht geschrieben waren, und bey der Uebereinstimmung mit späteren) nicht zu zweifeln, daß diese Zusammenstellung eine herkömmliche und die in den damaligen juristischen Schriften gewöhnliche war, und wir sehen daraus, daß man das Gewohnheitsrecht und das promulgirte damals nicht auf die Art schied, wie wir es gewohnt sind, sondern daß die römischen Juristen, wenn sie die Quellen des Rechts bezeichneten, dabey die äußere Gestalt im Sinne hatten, worin es der unmittelbaren Anschauung entgegen trat.

Einen philosophischeren Anstrich hat eine zweite Stelle [5]). Wenn die Frage entsteht, ob etwas Recht sey oder nicht, so komme es auf die Quellen dieser rechtlichen Beurtheilung an: jus ex quibus rebus constet, est considerandum. Es sind drey solche Hauptquellen. Die ursprüngliche Quelle des Rechts sey natura d. h. eine uns eingeborne, unmittelbare, an sich bewußtlose Kraft; solches Naturrecht sey Religion, Pietät, Schutz unserer Rechte u. s. f. Diese Quelle aber sey für das Civilrecht von geringer Bedeutung, und ohnedieß nicht etwas, das Alle verstünden. Darauf folgt dasjenige, was ex utili-

5) Cicero de invent. II. 22. vergl. 53. 54. und orat. partit. 37.

tatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem gekommen, was consuetudine Recht ist [6]). Dieß sey das Recht, welches sich auf den Willen des ganzen Volks gründe, der jedoch nicht durch ausdrückliche Festsetzung (lex), sondern durch das Herkommen (vetustas) zu uns spreche, und dadurch befestigt und bestätigt sey. Dieses Gewohnheitsrecht ist großentheils fest und sicher durch die altherkömmliche Sitte selbst, ohne daß es weiterer Argumente dafür bedarf. Dahin gehört der größte Theil desjenigen, was in den prätorischen Edicten von Alters her steht, was also schon durch die stete Ueberlieferung sicher und beständig geworden ist. Aber es giebt noch einige specielle Quellen des Rechts, welche dazu durch Consuetudo selbst geworden sind [7]). Dahin gehört, daß dasjenige geltend gemacht werden kann, was durch Uebereinkunft bestimmt worden ist, ferner die Berücksichtigung der Aequitas, endlich der Res judicatä. Was zuletzt die Lex anlangt [8]), so sey sie die

---

6) Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera juris, jam certa, consuetudine facta sunt: quod genus pactum, par, judicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut jure praestari dicatur. Par, quod in omnes aequabile est. Judicatum, de quo jam ante sententia alicujus aut aliquorum constitutum est.

7) Vergl. das angef. Kap. 54. a. A.

8) . . . . postea res et ab natura profectas, et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. Cap. 53. . . . post autem approbata quaedam a consuetudine aut a vero utilia visa (so viel als a natura profecta), legibus esse firmata. Cap. 22.

ausdrückliche Festsetzung des durch die Natur, oder Consuetudo gegebenen Rechts, wo es nämlich rathsam geschienen habe, dasselbe durch legum metus et religio besonders zu wahren. — Wieviel davon Cicero angehört, kann (denn griechischem Ursprung darf man hievon das wenigste zuschreiben) aus der Vergleichung mit der Stelle aus der Schrift ad Herennium ersehen werden, welche jener offenbar vor Augen gehabt hat [9]. Cornificius nämlich, oder wer sonst der Verfasser seyn mag, führt diese Quellen der rechtlichen Beurtheilung: natura, lex, consuetudo, judicatum, aequum et bonum, pactum, nur neben einander auf, mit einer kurzen, mit Beispielen belegten, bestimmten und zweckmäßigen Erklärung, ohne sie näher unter einander zu verbinden. Es sind sechs Glieder, wie sie in dieser Zahl so oft vorkommen. Jene Verbindung also scheint Cicero eigenthümlich anzugehören. Das wesentliche daran ist, daß er weit entfernt ist, eine Grundverschiedenheit des gesetzlichen und Gewohnheitsrechts zu statuiren, indem er beide vielmehr in einem historischen und materiellen Zusammenhang betrachtet. Ursprünglich ist das Recht ein mehr oder weniger dunkles Gefühl. Dieß geht über in ein Bewußt-

9) Ad Herenn. II. 13. Daß diese Schrift nicht von Cicero herrührt, ist ausgemacht. Wer daran zweifelte, müßte ihm eine doppelte Person zuschreiben, so sehr ist im ganzen und einzelnen die Manier ihres Verfassers von der Cicero's verschieden. Auch übertrifft sie in Form und Inhalt ohne Vergleich alles, was Cicero in diesem Fach geschrieben hat. Daß ihr Verfasser nicht aus Cicero geschöpft hat, beweist am besten der Geist seines Werks überhaupt, und die Vergleichung beider Schriften zeigt, daß die anonyme nicht die letzte Stelle unter denen einnahm, die Cicero in den ersten Kapiteln des zweiten Buchs de inventione als die Quellen der seinigen erwähnt.

seyn (voluntas), welches seine Sicherheit zunächst durch das Herkommen, nebst den diesem zugeschriebenen specielleren Organen, dann aber auch theilweise durch die Gesetzgebung erhält.

Ferner spricht Cicero wie aus dem Zusammenhang dieser Stelle erhellt, so wenig als der Auctor ad Herennium eigentlich und direct von den Entstehungsformen des Rechts als solchen, sondern von den Erkenntnißmitteln, denn um die Quellen der Rechtskenntniß und rechtlichen Beurtheilung eines Falls war es hier zu thun. Daher ist ihm Consuetudo ein Organ, welches zum Recht hinzukommt. Das Recht selbst entsteht ihm theils natura, theils voluntate (oder wie er dieß in den Oratoriä partit. a. a. O. ausdrückt, natura et lege), und wird dann aus der Consuetudo erkannt, durch welche es probatum und certum ist. Damit stimmen denn auch andere Stellen überein. Namentlich die Topik im 23. Kapitel, wo er sagt, das Recht entstehe auf doppelte Weise: natura et instituto. Dieser Gegensatz hat ganz dieselbe Bedeutung, wie oben natura und voluntas, oder lex in jenem allgemeinsten Sinn. Die institutio aequitatis (des Rechts, s. nachher) sey eine dreifache: legitima, durch Leges, conveniens, durch Uebereinkunft [10]), und die dritte institutio moris vetustate confirmata. Auch hier also erkennt Cicero durchaus keine directe Verschiedenheit zwischen promulgirtem und Gewohnheitsrecht an, sondern nur eine Verschiedenheit des äußeren Bestehens, was sich aus den oben, namentlich im zweiten Kapitel dieses Buchs gemachten Bemerkungen erklärt.

Ich erwähne noch eine merkwürdige Stelle, die sich im siebenten Kapitel der Topik findet: Formae igitur

---

10) Ad Herenn. l. c.

sunt hae, in quas genus sine ullius praetermissione dividitur: ut si quis jus in legem, morem, aequitatem dividat. Dieß soll im Gegensatz der oben vorgekommenen Partitio des Jus civile eine absolut vollständige Eintheilung des Rechts seyn, aber nach welcher Norm, und was ist die Bedeutung der einzelnen Glieder? Ich will mit dem letzteren, und hier wieder mit dem dritten Glied, der aequitas beginnen. Dieses vielsinnige Wort bedeutet im allgemeinen das ausgleichende Element, und diese weite Bedeutung hat es z. B. in der Definition: jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas [11]). Daher heißt so auch die juristische Billigkeit, als die Ausgleichung des strengen Rechts mit dem moralischen Princip. Hier aber hat aequitas einen anderen Sinn. Cicero bezeichnet nämlich damit die Thätigkeit der Juristen, welche nach den obigen Bemerkungen durch die Vermittelung des Jus gentium mit dem Jus civile, durch die Geltendmachung jenes allgemeineren Elements ihre eigentliche wissenschaftliche Richtung, und daher auch da, wo es auf diese Geltendmachung ankam, ihre hauptsächlichste Wirksamkeit erhielten. Daß Cicero dieß wirklich unter dem Ausdruck verstanden habe, ergiebt sich aus dem siebzehnten Kapitel der Topik, wo ausdrücklich bemerkt wird, daß gerade wo es auf das aequum et bonum ankomme, die Juristen hauptsächlich thätig seien, und die Bestimmung solcher Verhältnisse vorzugsweise zu ihrem Gegenstand gemacht hätten. Mos ist nicht das aus der Volksüberzeugung hervorgegangene Recht selbst, sondern die Sitte,

---

11) Top. 2. — Aequitas im allgemeinen Sinn begreift dreierley: pietas, das Verhältniß zu den Göttern, sanctitas, das Verhältniß zu den Manen, iustitia, das Verhältniß zu den Menschen. Und dieses letztere heißt auch aequitas im engeren Sinn. Top. 23.

die Form, in welcher es besteht. Lex heißt hier nicht schlechterdings der Volksschluß. Theils würde dieß nicht zu der Allgemeinheit der Stelle passen, theils wäre in diesem Fall die Eintheilung so offenbar unvollständig, daß ein Versehen hier nicht denkbar wäre. Es heißt vielmehr, wie bey Cicero so oft, die Festsetzung und Aufzeichnung unter öffentlicher Autorität. So beschreibt Cicero, während der Auctor ad Herennium a. a. O. bestimmt sagt: lege jus est, quod populi jussu sancitum est, in der Schrift de inventione (cap. 54.) diese Quelle viel unbestimmter: lege jus est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur. — Auch hier aber ist das Recht nicht schlechthin von der Seite seiner Entstehung, sondern von seinen Erkenntnißquellen aufgefaßt. „Recht ist, was gesetzt, unter öffentlicher Autorität niedergeschrieben ist; was in der Sitte besteht; was aus inneren Gründen hervorgeht." Es ist also nur ein allgemeinerer Ausdruck des oben als Partition vorgekommenen Inhalts, wodurch die einzelnen Theile ihre Zufälligkeit verlieren, und zu etwas nothwendigem, unabänderlichem werden, also statt der relativen Vollständigkeit (nach dem gegenwärtigen Zustand) eine absolute gegeben wird. Dieß zeigt sich auch in der Art, wie diese Theilung: leges, mores, aequum et bonum, oder lex, mos, natura, aequum et bonum bey dem Verfasser der Bücher ad Herennium vorkommt [12]. Sie ist mithin von unserer Eintheilung in gesetzliches, Gewohnheits- und Juristenrecht ungeachtet der Aehnlichkeit der einzelnen Glieder, von Grund aus verschieden.

Wenn zuletzt die Frage entsteht, was etwa von dem bisher vorgekommenen den Griechen angehören möge, so sind allerdings genug Stellen bekannt, in welchen sich

12) II. 10. 11. 12.

die allgemeinsten von jenen Begriffen finden. Auch ist die Frage, die Cicero an einem anderen Orte erwähnt [13]: a naturane jus profectum sit, an ab aliqua quasi conditione hominum et pactione, von den griechischen Philosophen vielfach erörtert worden. Aber die Ausführung bey den Römern ist doch so eigenthümlich, daß ich keinen Anstand nehme, das für die gegenwärtigen Untersuchungen wesentliche daran den Römern zuzuschreiben, so daß die entsprechenden Stellen in den griechischen Mustern ihnen nur die Veranlassung und etwa auch die Anweisung geben, die Sache auf ihre Weise darzustellen. So kenne ich keine Stelle eines griechischen Philosophen, welche der Eintheilung in lex, mos, aequitas entspräche. Auf ähnliche Weise führt Cicero die ατεχνοι πιστεις, welche Aristoteles auf fünf (Nomoi, Zeugen, Urkunden, Tortur, Eid) reducirt, durch Anwendung auf die römischen Verhältnisse weiter aus, indem er tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res judicatae, decreta, responsa etc. nennt [14]. Ueberhaupt ist es nirgends nothwendiger, als im Recht, mit der Annahme eines griechischen Ursprungs vorsichtig zu seyn, wiewohl auf die Ansichten der römischen Juristen über allgemeinere, der Speculation anheimfallende Gegenstände, so weit sie sich damit befassen, ein Einfluß, zwar nicht Cicero's, aber der griechischen Philosophen nicht geläugnet werden soll. Auch in der Form ihrer Untersuchungen und Argumentationen läßt sich oft nicht verkennen, daß die griechische Rhetorik zu dem Elementarunterricht ihrer Zeit gehörte. Aber jene allgemeineren Sätze und diese Form dürfen unser Urtheil über den eigentlichen Inhalt ihrer Jurisprudenz nicht bestimmen.

---

13) Top. 21.

14) de orat. II. 27.

So hat Aristoteles z. B. eine Eintheilung, welche der römischen in jus civile et gentium vollkommen zu entsprechen scheint, die in νομος ιδιος und νομος κοινος [15]), und es ist nicht unwahrscheinlich, daß er auf die allgemeineren Aeußerungen der Juristen über diesen Gegenstand einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß ausgeübt hat; wie offenbar falsch würde es aber seyn, ihn zur Quelle der römischen Eintheilung zu machen. —

## Fünftes Kapitel.

### Historische Ansichten der römischen Juristen.

Die Untersuchung ist nun zu der Zeit gelangt, welche im vollsten Sinne des Worts, und wie keine vor- oder nachher, eine Juristenzeit genannt werden kann, zu dem Zeitalter jener großen Juristen, deren Ansehen und Einfluß, wie groß und umfassend er in ihren Tagen selbst gewesen, die folgenden Jahrhunderte und Jahrtausende hindurch sich vielmehr erweitert als vermindert hat. Auch in der Theorie des Gewohnheitsrechts sind ihre Aeußerungen, wenn auch nicht überall ihre Gedanken, die Grundlage für die Ansichten der späteren und der heutigen Juristen geworden, und selbst diejenigen, welche die Bestimmungen unserer Quellen über diesen Gegenstand für unanwendbar hielten, haben sich doch nicht dem inneren, wissenschaftlichen Einfluß derselben entziehen können, wiewohl sie etwa wohl meinten, daß dieß schon durch jene äußere Abweisung geschehen sey [1]). Dieser

15) Rhetor. I. 10.

1) Auf ähnliche beschränkte Weise hat man oft auch von dem Einfluß des römischen Rechts überhaupt gesprochen. Die-

Einfluß ist um so wichtiger und merkwürdiger, als es wenige Lehren giebt, über welche uns die Ansichten der römischen Juristen so unvollkommen überliefert sind, als in der gegenwärtigen.

Dasjenige nämlich, was unsere Quellen aus juristischen Schriften darüber enthalten, besteht größtentheils nur aus einzelnen, aus dem zu ihrem Verständniß nothwendigen ursprünglichen Zusammenhang völlig herausgerissenen, und darum den verschiedensten Deutungen unterworfenen Sätzen. Nach dieser ihrer Beschaffenheit ist es schlechterdings unmöglich, aus ihnen allein, ohne weitere Hülfe, die Gedanken der römischen Juristen zu entnehmen. So ist es gekommen, daß die Juristen des Mittelalters, bey deren Gesichtspunkten in dieser Lehre die folgenden bis auf unsere Zeit mehr oder weniger stehen geblieben sind, daß diese Juristen, eben weil sie keine weitere Hülfsmittel zur Erklärung des römischen Rechts brauchten, ein Gebäude aus jenen Ruinen restituirten, welches von den Ideen der Römer kaum verschiedener seyn kann.

Wenn nun die Ansichten der römischen Juristen dargestellt werden sollen, so ergiebt sich fast von selbst eine

jenigen z. B., welche sonst sich die Mühe gaben, die geringe Anwendung dieses Rechts in den deutschen Gerichten zu beweisen, (nicht selten aber auch ihre Gegner), haben nur einen einzigen Umstand vergessen, den nämlich, daß unsere ganze juristische Denkweise auf die römische Jurisprudenz gegründet ist. Dieß ist denn auch die Täuschung, in welcher sich viele unserer Naturrechtsgelehrten befinden, wiewohl ich diese noch weit über diejenigen setze, welche geglaubt haben, durch völlige Unwissenheit im römischen Recht die reinste und beste Stimmung für das eigenthümlich deutsche zu erhalten, eine Vorbereitung, die für manche allerdings die müheloseste seyn mag.

Unterscheidung, welche mich zur Trennung dieses und der folgenden Kapitel veranlaßt hat. Einmal nämlich und zuvörderst ist zu untersuchen, in welchem Lichte den Juristen die bestehenden Rechtsquellen und namentlich das Gewohnheitsrecht in dieser Beziehung, seine Quelle mithin als eine Quelle des ihnen vorliegenden, der wissenschaftlichen Behandlung überlieferten Rechts, erschienen sind, was man die historische oder theoretische Ansicht und Beurtheilung des Gewohnheitsrechts nennen kann. Dann aber fragt sich, welche Grundsätze dieselben in Beziehung auf die noch zu ihrer Zeit sich bildenden Rechtsgewohnheiten, überhaupt auf die Geltendmachung eines auf diese Quelle gegründeten Rechts aufstellten oder befolgten, und diese ihre praktische Beurtheilung des Gewohnheitsrechts ist es eigentlich, um welche es uns vorzugsweise zu thun ist. Beide Richtungeu müssen natürlich großen Einfluß auf einander haben, ja eigentlich als von einander abhängig erscheinen, wie dieß namentlich die neuere Geschichte beweist; indessen ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß vielleicht die Juristen bey der Beurtheilung der Gegenwart, durch einen gewissen praktischen Tact geleitet, die Sache ihrem Wesen entsprechend aufgefaßt haben, während ihre historischen Ansichten viel ungenügender waren.

---

Das Recht, wie es zur Zeit der römischen Juristen galt, verdankte seinen Ursprung vorzüglich theils der unmittelbaren Volksüberzeugung, theils ihnen selbst, der Jurisprudenz; das eigentlich gesetzliche d. h. das nicht bloß in Gesetzen aufgezeichnete, sondern auch durch den Gesetzgeber erst hervor oder zum Bewußtseyn gebrachte Recht, war von beziehungsweise geringem Umfange, wenn es gleich keineswegs unbedeutend, sondern vielmehr, wie z. B. das Recht der Leges Juliä sehr einflußreich war.

Jenes ursprünglich durch das Rechtsbewußtseyn des gesammten Volks in der Sitte zu Tage geförderte Recht aber, das Gewohnheitsrecht, hatte im ganzen nicht mehr seine ursprüngliche und unmittelbare Gestalt, sondern war in Gesetzen, Edicten, juristischen Schriften aufgezeichnet. Unter diesen Niederlagen des Gewohnheitsrechts war das Gesetz der Zwölf Tafeln in der Beziehung die wichtigste, daß dadurch die Weiterbildung des Jus civile und das nicht aufgezeichnete Gewohnheitsrecht, soweit es zum Jus civile gehörte, wie oben ausgeführt worden ist, einen gesetzlichen Charakter erhielt. Dieser Umstand machte den römischen Juristen eine strenge Entgegensetzung des gesetzlichen und Gewohnheitsrechts unmöglich, aber er verhinderte auch, wie sich nachher ergeben wird, die vollkommene Einsicht in die Bedeutung des letzteren. Auch die Aufzeichnung des Rechts in den prätorischen Edicten hatte eine gleiche Folge. Das Gewohnheitsrecht erschien hier als Ausschreiben des Magistratus, es wurde in den Edicten auch auf gesetzliches Recht Rücksicht genommen, und überdieß waren darin auch solche Festsetzungen enthalten, welche, und zwar erlaubter Weise, die Behörde selbst nach Willkühr und Gutdünken gemacht hatte. Auch hier trat also das Gewohnheitsrecht nicht sichtbar hervor, und der Gegensatz von Jus civile und prätorischem Recht, war so weit entfernt, im Gegensatz des gesetzlichen und Gewohnheitsrechts zu seyn, daß er, bey seiner Wichtigkeit für die römischen Juristen, vielmehr diese Entgegensetzung zu verhindern beitrug. Eben so wenig endlich war das Gewohnheitsrecht in seinem Unterschied von dem gesetzlichen sichtbar in seinem dritten Organ, den Rechtskundigen der früheren Zeit, indem diese, wie wir gesehen haben, es vielmehr als einen Theil des gesetzlichen, als interpretatio legis XII tabularum behandelten.

In den uns überlieferten Stücken der juristischen Literatur der Römer sind verschiedene Angaben der Rechtsquellen enthalten. Ich will von derjenigen ausgehen, welche mit der bey uns gewöhnlichen Eintheilung in gesetzliches und Gewohnheitsrecht die meiste äußere Aehnlichkeit hat, ja die eben deshalb früherhin für identisch mit derselben gehalten zu werden pflegte; die übrigen werden dann gelegentlich zur Bestätigung meiner Ansicht erwähnt werden.

Ulpian [2]) theilt das Recht ein in geschriebenes und ungeschriebenes. Er beruft sich dabey auf die Griechen, und auch Cicero hat sie schon [3]). Der Gedanke ist so einfach, und mit den römischen Ansichten so übereinstimmend, daß man gar keine fremde Abstammung anzunehmen braucht, welche auch Ulpian nicht geradezu behauptet. Die Berufung auf die Griechen hat übrigens in den justinianischen Institutionen zu der abentheuerlichen Verbindung dieser Eintheilung mit den beiden Städten, Athen und Sparta, Anlaß gegeben, welche man wohl nicht den alten Juristen aufzubürden, sondern für ein Produkt constantinopolitanischer oder berytischer Gelehrsamkeit anzusehen hat. — Jene Eintheilung scheint mir von Ulpian nicht ohne nähere Veranlassung gegeben zu seyn. In Rom, wo das Gewohnheitsrecht in so bestimmten und umfassenden Organen, wie sie oben angegeben worden sind, niedergelegt war, wo ferner zu Ulpians Zeiten schon Jahrhunderte hindurch das Recht wissenschaftlich und schriftstellerisch be-

---

2) L. 6. de J. et J. Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos των νομων οἱ μεν εγγραφοι οἱ δε αγραφοι. §. 3. J. de jure natur.

3) Orat. partit. Cap. 37.

handelt, und namentlich in den Sammlungen der Responsa vieles, was in früheren Rechtsverzeichnungen keinen Platz gefunden hatte, nun ebenfalls niedergeschrieben war, in Rom also und zur Zeit Ulpians noch mehr konnte allerdings die Bemerkung nicht so ganz müßig seyn, daß diese umfassenden schriftlichen Quellen dennoch (selbst abgesehen von dem Rechte einzelner Civitates und Regiones des römischen Reichs) nicht alles Recht umfaßten, sondern daß es noch jetzt ungeschriebenes Recht gebe, was denn in den Institutionen näher durch mores bezeichnet wird. So wie nun der Ausdruck jus scriptum lediglich in dem natürlichen Sinne zu verstehen ist (was jetzt wohl nicht mehr bezweifelt wird), so begreift auch jus non scriptum nur dasjenige vom Gewohnheitsrecht, was nicht aufgezeichnet ist, und Ulpian hat also bloß das äußere Bestehen des Rechts im Sinne gehabt, und nicht an eine Unterscheidung der Rechtsquellen selbst, in der eigentlichen Bedeutung des Worts, der unmittelbaren Volksüberzeugung, der Jurisprudenz, der Gesetzgebung dabey gedacht. So ist es auch sehr erklärlich, warum Cajus das ungeschriebene Recht in der Einleitung seiner Institutionen nicht erwähnt. Auffallend wäre dieß, wenn er damit jene erste und ursprüngliche Quelle selbst weggelassen hätte. Aber die Aufzählung der Lex, des Senatusconsultum u. s. f. enthielt gar keine Unterscheidung der eigentlichen Rechtsquellen, sondern nur der Rechtsquellen im uneigentlichen Sinn d. h. der Formen, welche die Rechtsquellen in der Erscheinung annehmen, also der Erkenntnißmittel oder Niederlagen des Rechts. Was er weggelassen hat, ist also nur die Form der Erscheinung, das Erkenntnißmittel, welches zu seiner Zeit für das eigentliche römische Recht so unbedeutend war, daß es in seinen Institutionen wohl fehlen konnte. Indessen ist es gar nicht nothwendig, eine mit Bewußtseyn geschehene Auslassung anzunehmen; wie die Sachen damals

standen, war es möglich, daß ein römischer Jurist, wenn nicht von partikulären Rechten die Rede oder sonst eine bestimmte Veranlassung vorhanden war, bey den Rechtsquellen gar nicht gleich an das nichtgeschriebene Recht dachte. Auch Papinian giebt als die Quellen, welche das Jus civile enthalten, die Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Decreta Principum und die Auctoritas Prudentum an, ohne der ungeschriebenen Quelle zu gedenken [4].

Zur Verhütung von Mißverständnissen muß diesem noch folgendes hinzugefügt werden. Ich habe gesagt, daß die römischen Juristen bey diesen Quellen nicht an die Unterscheidung der eigentlichen Rechtsquellen gedacht haben, zu welchen sich dieselben nur als Erscheinungsformen verhalten. Aber sie dachten sich auch jene ihre Quellen nicht ausschließlich als Niederlagen des Rechts, denn dieß würde das Bewußtseyn des Gegensatzes der wahren Rechtsquellen voraussetzen, welches ihnen abgesprochen werden muß. Sie hatten vielmehr gar keinen bestimmten Begriff von Rechtsquelle, oder keinen andern, als den, wornach diese verschiedenen Formen dazu gehörten, und wenn sie daher für einen Rechtssatz eine solche Quelle anführen, so kann dieß nach Verschiedenheit der Fälle sowohl den Sinn haben, daß derselbe dadurch entstanden, als den, daß er darin nur aufgefaßt und festgehalten worden sey. Wenn also behauptet worden ist, daß Cajus und Ulpian bey jener Aufzählung das letztere, die Eigenschaft dieser Quellen als Nieder-

---

4) L. 7. de J. et J. Man könnte denken, auch die Auctoritas prudentum sey ja etwas ungeschriebenes, aber was Papinian zunächst darunter verstand, waren die (signata) responsa, oder etwa auch noch die juristischen Schriften überhaupt.

lagen und Erkenntnißmittel des Rechts, im Sinne hatten, weil gerade dieß der Zweck der Aufzählung war, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß sie ein anderes Mal diese Quellen, ohne Veränderung ihres Charakters und Umfangs, als diejenigen angesehen haben, durch welche ein Rechtssatz wirklich entstanden sey. So erklärt sich dasjenige, was hiernächst besonders von den Mores bemerkt werden wird.

Das Recht, welches sich nicht auf eine jener bestimmten Quellen, als: Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta magistratuum, Constitutiones Principum, Auctoritas Prudentum zurückführen ließ, wurde den Mores zugetheilt, und diese theils als Erkenntnißmittel des Rechts, theils aber auch als dessen (Entstehungs-) Quelle genommen. Besonders ist diese suppletorische Anwendung derselben da sichtbar, wo die Juristen sie als die Quelle eines Rechtssatzes anführen. Namentlich hängt damit zusammen, daß die Juristen hauptsächlich für alte Einrichtungen aus den Zeiten der freien Republik diese Quelle nennen [5]), wo sie für sehr vieles weder eine Lex noch eine andere bestimmte Rechtsquelle zu benennen wußten; so daß jene auch am häufigsten in der Zusammensetzung als mores majorum vorkommt, und dem natürlichen Sprachgefühl mit jenem Worte gleich ein alterthümlicher Anstrich sich verbindet. Es widerspricht jener Behauptung keineswegs, daß wir viele Stellen finden, wo mores nicht etwa allen andern geschriebenen Rechtsquellen, sondern nur den Leges gegenüber gestellt wird. Von diesen Stellen schreiben einige die Aufhebung eines Rechtssatzes theils den Leges theils

---

5) Vergl. z. B. die Stellen bey Brissonius b. d. W., abgesehen von denjenigen, in welchen mores nicht im objectiven Sinn gebraucht wird.

den Mores zu. Man könnte nun hierin eine ähnliche Entgegensetzung, wie die der Neueren von gesetzlichem und Gewohnheitsrecht entdecken wollen, so daß hier unter mores gegen die obige Behauptung wirklich das letztere, es möchte durch ein besonderes Organ z. B. durch das prätorische Edict sich ausgesprochen haben, oder nicht, zu verstehen wäre. Aber diese Stellen sind vielmehr gerade eine Unterstützung für die oben ausgesprochene Ansicht. Wir nehmen an, daß die Leges hier als Repräsentanten des gesetzlichen Rechts überhaupt genannt sind, wie denn auch wirklich von den römischen Juristen nach ihnen und durch Vergleichung mit ihnen die Eigenschaft anderer Formen als gesetzlicher bestimmt wird [6]). Ein Rechtssatz nun, welcher entweder durch Lex oder durch Volkssitte entstanden war, konnte durch das Ausschreiben des Prätors oder durch die Juristen nicht direct aufgehoben werden, sondern nur auf jene indirecte Weise, welche zu den Fictionen Veranlassung gegeben hat; daher konnte ein Jurist, wo von der directen Aufhebung eines alten Rechts die Rede war, keinen Prätor, keine Auctoritas Prudentum nennen, durch welche jenes geschehen wäre, sondern es blieb ihm nichts übrig, denn entweder eine Lex und quod legis vicem obtinet, oder jene unmittelbare Volksüberzeugung als solche und in ihrer unmittelbaren Gestalt zu benennen [7]). — Ferner kom-

6) Legis vicem obtinet u. dgl.

7) Dieß giebt auch ein Beispiel für den Satz: Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur etc., einen Satz, welcher überhaupt zu den Grundprincipien des alten Rechts gehört, und welcher selbst in der späteren, die einfach-strenge Consequenz dem Bedürfniß und der Bequemlichkeit aufopfernden Rechtsbildung seinen Einfluß keineswegs ganz verlor. Bey einem System des alten Rechts müßte daher dieser Satz überall

kommen viele Stellen vor, worin den leges ac mores die Einführung eines Rechtssatzes zugeschrieben wird, ja wo unter diesen beiden Worten alle Rechtsquellen begriffen zu werden scheinen [8]). Dagegen soll nicht angeführt werden, daß manche derselben von einem Rechte sprechen, welches gerade nur durch Leges und Mores festgesetzt seyn konnte, worauf also die oben bey der Aufhebung gemachte Bemerkung anwendbar wäre [9]), denn einer solchen subtilen Untersuchung bedarf es hier gar nicht. Mit jener allgemeinen Redensart wird nämlich überhaupt nicht ein bestimmter technischer Begriff verbunden. Dieß ergiebt sich daraus, daß nicht allein Stellen vorkommen, in welchen unzweifelhaft nur der Unterschied zwischen dem, was von Natur gegeben ist, und dem, was erst durch menschliches Gutdünken gesetzt wird, damit ausgedrückt werden soll [10]), sondern auch solche, in welchen von den bestimmten römischen Rechtsquellen gar nicht die Rede seyn konnte, wie diejenigen, wo diese Aus-

---

all an die Spitze gestellt werden, und schon deshalb wäre es der Mühe werth, seinen Einfluß auf das neuere mehr, als es zu geschehen pflegt, zu berücksichtigen.

8) s. Brissonius. Nicht in allen dergleichen Stellen ist aber dieses letztere der Fall, z. B. Cic. de legib. II. 24. haec habemus in XII., reliqua sunt in more. L. 12. §. 1. de judic.

9) z. B. L. 5. §. 1. de extrao. cognit. . . . dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus.

10) z. B. L. 8. de ritu nupt. Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc jus moribus non legibus introductum est. Vgl. oben S. 52. Ein andermal wird von dem moribus introductum noch das getrennt, was natura so oder so ist, und wofür mithin keine besondere Rechtsquelle angeführt zu werden braucht. L. 12. §. 1. de judic.

drücke von allen Völkern überhaupt, oder von einzelnen Städten ausser Rom gebraucht werden[11]). — Zum Schlusse möge hier noch eine Stelle stehen, welche das bisherige vollkommen bestätigt, indem sie die mores, sogar in einer Umschreibung, den Leges und dem prätorischen Edict coordinirt, also offenbar nicht dem gesetzlichen Recht gegenüberstellt: est et alterius generis per universitatem successio, quae neque lege XII. tabularum (wie die Hereditas), neque praetoris edicto (wie die Bonorum possessio), sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est [12]).

Aus dem bisherigen ergiebt sich, daß den römischen

---

11) z. B. L. 9. de J. et J. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur. Cic. de republ. I. 2. der zuerst leges und mores, dann eben so auch jus und mores setzt. — In diesen Stellen fällt also dieser Ausdruck zusammen mit dem: jus scriptum und non scriptum. (Daraus ergiebt sich auch, daß die Lesart in L. 1. C. ne fidejuss.: Sive ex jure sive ex consuetudine lex proficiscatur etc. zu ändern, ganz und gar kein Grund vorhanden ist).

12) pr. J. de adquisit. per adrog. — Die Vergleichung aller dieser Stellen hat mich überzeugt, daß die Ueberschrift, welche man zu dem Eingangstitel von Ulpians Fragmenten gemacht hat, „de legibus et moribus," die Existenz eines solchen Eingangstitels vorausgesetzt, wenig Wahrscheinlichkeit für sich hat. Aber die Existenz eines solchen Titels überhaupt ist nicht so gewiß, als die Neueren seit Cujacius anzunehmen scheinen. Die Stelle über die mores, welche in der Handschrift dem Rubrikenverzeichniß vorhergeht, braucht so wenig als dieses ein Theil des Werks selbst zu seyn, und kann in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Werk stehen, wie die Stelle Papinians zu der Lex Romana bey den Burgundern. Ebenso ist es noch die Frage, ob die lückenhafte Stelle über die Leges aus dem Titel de libertis herauszunehmen ist.

Juristen, indem sie die Quellen betrachteten, aus welchen das Recht hervorgegangen und zu schöpfen war, das gesetzliche Recht mit einem ausgezeichneten Einfluß unter die Augen trat, denn die Lex duodecim tabularum war unläugbar die Grundlage des folgenden Rechts. Wenn nun in den Historikern von Leges regiä so viel und bedeutend die Rede war, wie dieß in den uns überlieferten der Fall ist, so war es natürlich, daß die Juristen auch diesen ein Gewicht beilegten, welches schon die Sache an sich nicht verdiente, und noch viel weniger in jener Ueberlieferung, und daß sie, da das römische Recht, soweit die Erfahrung reichte, immer sehr bestimmte Erscheinungsformen gefunden hatte, auch für die älteste Zeit bey jenen sichtbaren Rechtsquellen sich beruhigten, welche ihnen von den Historikern als so umfassend geschildert wurden. Niemand, welcher den Standpunkt der römischen Jurisprudenz und der damaligen Wissenschaft überhaupt in Erwägung zieht, wird dieses für auffallend halten, oder den Juristen, oder gar einzelnen von ihnen, einen Vorwurf machen wollen wegen eines Mangels einer eigentlichen und wahren historischen Kritik, den sie mit ihrer ganzen Zeit theilen. Wer aber freilich unter uns sich diese negative Seite der römischen Juristen zum bequemen Vorbild nehmen und seinen Mangel historischer Kenntnisse mit der höchst secundären Stellung entschuldigen wollte, welche historische Untersuchungen in der römischen Jurisprudenz einnehmen, der würde sich in einer unglücklichen Täuschung befinden. Das römische Recht hatte sich so national und von fremdem Einfluß zwar nicht unberührt, aber doch ungestört ausgebildet, daß zur Zeit der römischen Juristen im ganzen kein Bedürfniß war, den Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit zum Gegenstand besonderer Untersuchungen zu machen. Den römischen Juristen war ein richtiges Gefühl von ihrem Verhältnisse zu dem

bestehenden Recht von der Natur eingepflanzt, und es war ihnen gewissermaßen durch eine Naturnothwendigkeit die Abweichung von der richtigen, nationalen Fortbildung des Rechts unmöglich gemacht: während wir gleichsam von dem Baum der Erkenntniß gegessen haben, und nun jener Untersuchungen nicht entbehren können, um bey unserm verwickelten Rechtszustand zu dem Bewußtseyn jenes Zusammenhangs zu gelangen.

So finden wir denn, daß Pomponius in dem Enchiridion zwar scheinbar von den königlichen Gesetzen als einzelnen Satzungen spricht, aber in der That die stille Meinung hat, das Recht habe hauptsächlich auf diesen Leges beruht, indem er von der Zeit nach der Vertreibung der Könige bemerkt, nun habe das Volk wieder nach der Consuetudo gelebt und ein Jus incertum gehabt, welchem man nachher durch Abfassung der Zwölf Tafeln abgeholfen habe[13]. Und es konnte dem Juristen die Sache nicht anders erscheinen, wenn er von dem Rechtszustande seiner Zeit, wornach sich das Recht größtentheils auf sichtbare Quellen, welche es enthielten, zurückführen ließ, für die Sitte aber äußerst wenig übrig geblieben war, auf jene alte Zeit zurücksah.

Das Resultat dieses Kapitels ist folgendes. Bey den römischen Juristen ist unsere Ansicht von den Rechtsquellen nicht zu finden, wornach sich dieselben auf drey reduciren: natürliche Uebereinstimmung des Willens, Gesetzgebung, und Wissenschaft. Sie haben die Quellen des Rechts nicht in dieser Abstraction von dem zufälligen der äußeren Erscheinung aufgefaßt, sondern sind vielmehr bey dieser stehen geblieben, also bey den Leges, Senatusconsulta, Edicta u. s. f., und wenn sie in den

13) L. 2. §. 3. 4. de O. J.

Inhalt und die Grundlage derselben eingiengen, so war es keineswegs eine Unterscheidung des Gewohnheitsrechts, des gesetzlichen und des Juristenrechts, sondern die des Jus civile und Jus gentium, oder des Civil- und prätorischen Rechts, auf welche sie den Inhalt jener Formen zurückführten. Daher konnten sie auch nicht zu dem eigentlichen Begriff des Gewohnheitsrechts gelangen, weil sie seine Erscheinung in der Sitte nicht trennten von demjenigen, was eigentlich das Wesen und die Grundlage der Sitte ausmacht.

---

## Sechstes Kapitel.

### Praktische Ansichten der römischen Juristen.

Ich bin nun zur Beantwortung der Frage gekommen: wie die römischen Juristen das noch zu ihrer Zeit in der Form der Consuetudo vorkommende Recht beurtheilten und anwendeten? (s. oben S. 58.) — Zuvörderst scheint es nothwendig, den Zustand dieser Lehre in unseren Quellen im allgemeinen ins Auge zu fassen.

Bluhme hat über den Titel de legibus etc., soweit er von Leges handelt, die Bemerkung gemacht, daß er den Compilatoren augenscheinlich viel Mühe gemacht habe, indem selbst mit den allgemeineren Aeußerungen über die Volksschlüsse, welche sich in den juristischen Schriften vorfanden, den justinianischen Zeitgenossen wenig gedient war, daher man unter ihnen wieder erst diejenigen aussuchen mußte, deren Sinn sich mit oder ohne Interpolation generalisiren und auf Gesetze überhaupt, auf Nomoi richten ließ [1]). Zu einer ähnlichen Betrach-

---

1) Zeitschrift f. g. R. IV. S. 367. Note. Daß die römischen

tung giebt der Theil des Titels Veranlassung, auf den sich die Worte der Rubrik: de longa consuetudine beziehen, und welcher die Excerpte 32—40 umfaßt, nur daß die kümmerliche Gestalt, in welcher hier die Theorie des Gewohnheitsrechts erscheint, einen in etwas von jenem verschiedenen Grund hat. Sicherlich nämlich war von dem Gewohnheitsrecht, als einem auch jetzt noch nur in der Volkssitte zu erkennenden Recht, also in praktischer Beziehung, in den Schriften der Juristen sehr wenig die Rede, wie dieß auch schon aus demjenigen hervorgeht, was in dem vorigen Kapitel bey Gelegenheit der historischen Ansichten derselben bemerkt worden ist. Wenn man nämlich den damaligen Rechtszustand ins Auge faßt, so muß man sich überzeugen, daß das Volk jener Zeit seines Rechts nicht mehr in dem Grade mächtig war, wie früherhin, daß vielmehr das Wissen des Rechts im ganzen, indem es auf einen besonderen, dasselbe in wissenschaftliche Form bringenden Stand übergegangen, eben dadurch auch dem Volk selbst fremder geworden war. Dazu kommt noch, daß bey dem wachsenden Umfang jener Organe des Rechts die Volkssitte als Erkenntnißmittel des Rechts immer seltner gebraucht wur-

---

Juristen das Wort lex auf Volksschlüsse "immer technisch bezogen" hätten, soll jedoch wahrscheinlich nur den Sinn haben, daß sie unter lex im eigentlichen technischen Verstande immer einen Volksschluß meinten. Denn vornämlich Cicero hatte einen vageren Begriff von lex in Umlauf gebracht, welchem Sprachgebrauch sich auch die Juristen nicht entzogen. Vgl. auch die Bemerkungen Dirksen's im Rhein. Museum 1. Jahrg. S. 24 fgg. Uebrigens ist nicht allein in der Ueberschrift, sondern auch in manchen Stellen des Titels das Wort in seinem alten Sinn, von den Volksschlüssen, die noch im Corpus Juris erwähnt werden, und von deren Anwendung, auch noch nach der Intention der Compilatoren, zu verstehen.

de. Nachdem daher nicht allein die prätorischen Edicte umfassender geworden, und genug Juristen vorhanden waren, deren Responsa eingeholt werden konnten, sondern auch viele umfassende Werke über das Recht vorlagen, in welchen auch das römische Gewohnheitsrecht, nur nicht als solches, sondern als ein der äußeren Autorität nicht bedürfendes System niedergelegt war, konnte es nur höchst selten vorkommen, daß man sich vor Gericht auf ein allgemeines römisches Gewohnheitsrecht in seiner ursprünglichen Gestalt berief, da es viel näher lag, sich auf das prätorische Edict, auf das Responsum eines Juristen, endlich auf die wissenschaftliche Deduction in einer juristischen Schrift zu berufen. Eben so wie jetzt ein Advocat, wenn er sich auf den Rechtssatz bezieht, daß nach gemeinem deutschen Recht eine besondere Form für Verträge der Regel nach nicht erforderlich sey, und es für nöthig findet, ein Allegat dabey zu machen, irgend einen oder mehrere Schriftsteller dafür citiren wird, nicht aber die Volkssitte, wofern er nicht etwa gelegentlich zeigen will, er wisse recht wohl, aus welcher Quelle jene Regel herstamme.

Etwas anderes war es, wenn die partikulären Rechte einzelner Civitates oder Provinzen zur Sprache kamen, denn hier traten die Gründe nicht ein, welche für das römische Recht im ganzen jenes Resultat hervorbrachten. Hier scheint also die Berufung auf das Herkommen eben so häufig gewesen zu seyn, als sie dort selten war. Freilich aber mußte die Anwendung dieser partikulären Rechte, die ohnedieß an ihrer Eigenthümlichkeit durch die Einfügung der Völker in das römische Reich und namentlich dadurch, daß Römer den Gerichten vorstanden, mehr und mehr verloren, in dem Grade sich vermindern, als theils die Civität, mithin die Anwendung des römischen Rechts, allgemeiner, theils das Jus gentium mehr ausgebildet

und dadurch mehr zum römischen Recht wurde, und so blieben sie endlich großentheils nur für gewisse Verhältnisse von Bedeutung, wohin namentlich die Verhältnisse der Universitates zu ihren Gliedern gehören, und auch hier ward die Anwendung des Gewohnheitsrechts als solchen durch die geschriebenen Bestimmungen darüber (lex municipalis) einigermaßen beschränkt.

Nun ist bekannt, in welchem engen Zusammenhang die wissenschaftliche und namentlich auch die schriftstellerische Thätigkeit der römischen Juristen mit dem Leben, mit der Anwendung des Rechts selbst stand. Wir können daher annehmen, daß in der Regel dasjenige, was in den Gerichten nicht oder selten vorkam, auch in den Schriften, selbst in denjenigen, welche nicht unmittelbar die Beurtheilung von Rechtsfällen zum Gegenstand hatten, sie nicht besonders beschäftigte. Wenden wir dieß auf das oben gesagte an, so würde sich daraus ergeben, daß die Schriften der Juristen weniges über das Gewohnheitsrecht, als eine noch bestehende praktische Rechtsform enthielten, und daß sie, wo sie davon handeln, vorzugsweise nur jene partikulären Gewohnheiten im Auge hatten. Dieses Ergebniß wird durch den Zustand unserer Quellen über diesen Punkt vollkommen bestätigt. Zuvörderst im allgemeinen durch die Mangelhaftigkeit ihres desfallsigen Inhalts. Es scheint somit, daß diese nicht einer Nachlässigkeit der Compilatoren, oder der Meinung, als ob dem Bedürfniß ihrer Zeit schon durch jene unbedeutenden, unzusammenhängenden Sätze genügt sey, sondern vielmehr dem Umstand zugeschrieben werden muß, daß sie in den von ihnen benützten Schriften nichts besseres und vollständigeres fanden. Dann aber wird jener Satz durch die Richtung der einzelnen Stellen selbst bestätigt, wenigstens der Mehrzahl derselben, von der es zum Theil gewiß, zum Theil wahrscheinlich ist, daß der

Urheber bey Gelegenheit eines partikulären Gewohnheitsrechts die uns zugekommene Aeußerung that.

Ich beginne, um dieß nachzuweisen, mit den Stellen, welche in den Titel de legibus etc. aufgenommen sind [2]). Von der ersten derselben, der zwei und dreissigsten dieses Titels, sagt Muretus [3]) in Beziehung auf den Umstand, daß in der Ueberschrift derselben das 94. Buch der Digesten Julian's als ihre Quelle angegeben ist, während nach dem florentinischen Index das ganze Werk nur aus 90 Büchern bestand: wir würden die Stelle besser verstehen, wenn wir wüßten, aus welchem Buche sie genommen ist. Darin liegt allerdings eine große Uebertreibung der bekannten Wahrheit, daß bey den meisten dunkeln Pandektenstellen, und auch wohl bey solchen, die nicht dunkel zu seyn scheinen, das stärkste Hinderniß eines richtigen Verständnisses in dem Zustand der Abgerissenheit liegt, in welchem uns so viele überliefert sind, wodurch manche unverständlich werden, manche aber, was noch schlimmer ist, einen sehr nahe liegenden Sinn geben, während man an den wahren, entfernteren nicht mehr denkt. Aus dem Verfolg seines Commentars zu schließen, hatte Muret vielleicht das im Sinne, daß sich aus der Ueberschrift ergeben würde, von welchen Gewohnheiten der Jurist an diesem Orte gehandelt habe. Wenn aber auch diese Erwartung et-

---

2) Ueberhaupt gehören hieher nur diejenigen Stellen, worin von der Anwendung eines in der Form der Sitte bestehenden Rechts die Rede ist, nicht diejenigen, wo die mores als Quelle eines Rechtssatzes, also historisch angegeben werden, wie z. B. ausser den im vorigen Kapitel citirten auch L. 39. §. 1. de ritu nupt. L. 1. de don. inter vir. L. 8. pr. de adquir. hered. und viele andere.

3) Otto Thesaur. IV. p. 198.

was zu groß ist, so ist doch die Meinung Murets, daß Julian in dieser Stelle an partikuläre Gewohnheiten gedacht habe, selbst vollkommen richtig, und sie wird durch den bloßen Inhalt der Stelle begründet. Auf die Fälle, von deren Beurtheilung der Jurist spricht, sollte endlich, wenn Gesetz, Sitte und Analogie nicht ausreichen, das Recht der Stadt Rom angewendet werden. Unter dem jus quo urbs Roma utitur, konnte Julian schwerlich das römische Recht überhaupt, das Jus civile Romanorum verstehen. Abgesehen davon, daß der Ausdruck in diesem Fall geschmacklos poetisirend wäre, dergleichen wir in dem phraseologischen Latein der Neuern, aber nicht in der Sprache der alten Juristen finden, hat der Zusatz urbs gewiß den Zweck einer näheren Bezeichnung der von dem Juristen im Sinne gehabten Verhältnisse. Sonach spricht dieser von städtischen Verhältnissen, und ist also durch die Localeinrichtungen anderer Städte des römischen Reichs zu der ganzen Aeußerung veranlaßt worden.

Wenn man aus der Ueberschrift der L. 33. (Ulpianus lib. I. de officio proconsulis) einen Schluß auf ihren Inhalt machen darf, so war auch diese Stelle zunächst durch partikuläres, provincielles Gewohnheitsrecht veranlaßt, und dieß wird unterstützt durch die nächste, aus demselben Werk entlehnte (L. 34.), welche ausdrücklich von der Beurtheilung einer consuetudo civitatis vel provinciae spricht. In der L. 35. kann wenigstens der darin gebrauchte Ausdruck cives hieher bezogen werden, sofern wir ihn im technischen Sinne verstehen. Es giebt zwey den Juristen gleich geläufige technische Bedeutungen dieses Worts, indem es entweder die vollkommene Rechtsfähigkeit oder die Eigenschaft als Glied einer Stadtgemeinde bezeichnet. Die erste Bedeutung würde theils hieher nicht passen, theils steht in diesem Fall, wo nicht die Erwähnung der Gegensätze: latinus, peregrinus, den

Sinn auch ohne Beisatz unzweifelhaft macht, gewöhnlich civis Romanus. Ich bin daher überzeugt, daß der Jurist bey der tacita civium conventio, welche er ihren scripta jura entgegensetzt, Stadtbürger, mithin eine Stadtgewohnheit im Sinne gehabt hat. L. 36. (Paulus lib. 7. ad Sabinum) enthält keine Spur einer solchen Veranlassung. Im Gegentheil, wenn man sich erinnert, daß in diesem siebenten Buch Paulus unter anderem von den Schenkungen unter Ehegatten gehandelt hat [4]), deren Verbot die römischen Juristen den Mores zuschrieben, möchte man glauben, die kurze Aeußerung sey bey dieser, also überhaupt nicht bey einer praktischen Gelegenheit gemacht worden. In L. 37. wird für die Interpretation einer lex auf die Sitte der civitas hingewiesen, und ich trage kein Bedenken, diesen Ausdruck ganz bestimmt von einer Stadt, also von einem partikulären Gewohnheitsrecht zu verstehen. Ueber L. 38. und 39. läßt sich in dieser Beziehung nicht urtheilen, und L. 40. (Modestinus lib. 1. regularum) enthält ohnedieß einen bloß theoretischen Ausspruch.

Von andern Stellen ausser dem Titel de consuetudine gehören folgende hieher. L. 7. pr. de offic. procons. und L. 4. de feriis verweisen auf consuetudo regionis und cujuscunque loci. L. 6. pr. §. 1. quod cujusc. univ. spricht ausdrücklich von der perpetua consuetudo einer Stadt, von locorum consuetudo. L. 71. de contrah. emt. "consuetudo regionis." L. 3. §. 6. de testib. spricht von einer partikulären Consuetudo. L. 1. §. 15. de ventre inspic. verweist auf den mos regionis, vorausgesetzt daß hier von einem eigentlichen Gewohnheitsrecht die Rede ist.

---

4) Vgl. den Titel de donat. inter vir., hauptsächlich L. 2. eod., in deren Nähe unser Fragment in seinem ursprünglichen Zusammenhange gestanden haben mag.

L. 32. §. 6. de administr. tut. giebt ein Beispiel von partikulärem Gewohnheitsrecht. Ebenso enthält L. 11. de decurion. eine Entscheidung über ein solches. L. 18. §. 27. de muner. L. 1. §. 10. de extrao. cognit. L. 214. de V. S. gehören ebenfalls dahin, und so wird auch in L. 8. C. de locato (Alexander) L. 2. C. quemadm. testam. aper. (welche noch in diese Zeiten zu rechnen hier erlaubt seyn mag) und in dem Rescript Alexander's, das in L. 3. C. de aedif. priv. und L. 1. C. quae sit longa consu. enthalten ist, auf partikuläres Herkommen verwiesen [5]).

---

5) L. 13. §. ult. de injur. L. 9. pr. de poen. L. 25. ad munic. L. 6. de vacat. L. 6. de jure immun. L. 1. §. 6. de extrao. cognit. sprechen von allgemeiner Sitte, aber ihr Inhalt ist, bis auf die erste, von der noch weiter unten die Rede seyn wird, nur der, daß dieselbe als Quelle eines bestehenden und bekannten Rechtssatzes angegeben wird (wie auch bey Paulus Sent. rec. III. 4. a. §. 7. V. 4. §. 7.), so daß diese Stellen nebst vielen andern, welche hier aufzuzählen völlig überflüssig wäre, zu den oben in Note 2. bezeichneten gehören, nicht aber hieher.

Beiläufig sollen hier noch einige Stellen erwähnt werden, die man zuweilen für die Materie vom Gewohnheitsrecht allegirt findet, ungeachtet sie ganz und gar nicht dahin einschlagen. So spricht L. 6. de eviction. (Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet) so wenig von einem Gewohnheitsrecht als L. 31. §. 20. de aedil. ed. (Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire). Der Betrag der Caution richtet sich in dubio nach dem, was bey dergleichen Gegenständen in dieser Gegend gewöhnlich ist, weil man bey bonae fidei judicia das Geschäft aus der gewöhnli-

Ich komme nun zur Darstellung der Theorie der römischen Juristen über die Anwendung der Gewohnheitsrechte selbst.

---

## Siebentes Kapitel.

### Fortsetzung: Begriff und Gültigkeit der Consuetudo.

Der Zweck dieses ersten Buchs ist die Darstellung der römischen Ansichten; aber wir würden vergeblich bemüht seyn, uns dieselben näher zu bringen, wenn wir sie nicht mit unseren, mit den modernen Vorstellungen verglichen. Und sofern dieß mit dem Bewußtseyn ihrer als moderner geschieht, wird dadurch nur um so leichter eine Vermischung des alten und neuen zu vermeiden seyn. Diesen Grund hat es, wenn ich hier von einigen Sätzen ausgehe, welche durchaus nicht als römische Vorstellungen angesehen werden dürfen, und daher ihre eigentliche Stelle erst im folgenden Buche finden. Während

chen Verfahrungsart ordentlicher Männer zu ergänzen hat. Also von einem Rechtssatz ist hier nicht die Rede, sondern von einer Consuetudo im natürlichen Sinn. Dasselbe gilt von L. 1. pr. de usur. (Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis . . . constituitur, ita tamen ut legi non offendat). Die Höhe der Zinsen soll sich bestimmen nach derjenigen, zu welcher man in der treffenden Gegend sein Geld im Durchschnitt anzubringen vermag. So wird die Stelle durch L. 21. pr. de ann. leg. und durch L. 7. §. 10. de administr. tut. erläutert, in welcher secundum morem provinciae ebenso genommen ist. Auch in L. 13. §. 1. de pollicitat. ist das: esse enim tolerabilia quae vetus consuetudo comprobat, nicht von einem Gewohnheitsrecht zu verstehen; es ist nur das consuetudo est altera natura, oder

sie also dort das eigentliche Ziel der Untersuchung sind, sollen sie hier nur einleitungsweise als Mittel der Darstellung der römischen Begriffe berührt werden.

Es giebt drey Wege, auf denen das Recht entsteht, drey Rechtsquellen: die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft, und wir unterscheiden hiernach das Recht in Gewohnheitsrecht, promulgirtes Recht, und Juristenrecht. Von diesen Formen der Entstehung sind zu unterscheiden die Erkenntnißmittel oder Erkenntnißquellen des Rechts. Dieß sind die Formen, welche das entstandene Recht annimmt, in welchen es niedergelegt ist, und aus welchen es erkannt werden kann. Man kann drey solche Formen nennen, von denen keine etwa einer jener Entstehungsformen ausschließlich angehört, die ihnen vielmehr gemeinschaftlich sind, wenn auch dieses oder jenes Erkenntnißmittel für diese oder jene Rechtsquelle besonders wichtig ist, oder, was uns hier besonders angeht, für die eine eine andere Gestalt annimmt, als für die andere. Solche

---

wie dieser Gemeinplatz sonst noch ausgedrückt wird. Endlich von L. 34. de R. J. ist dasselbe zu sagen, was von den vorhin citirten Stellen bemerkt worden ist, zu deren Erläuterung sie ebenfalls dient (. . . si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuerit? etc.). — Die Bedeutung von consuetudo regionis ist also hier überall dieselbe wie in L. 21. §. 1. qui testam. L. 50. de legat. I. L. 75. de legat. III. u. a. m. bey denen ohnedieß niemand an ein Gewohnheitsrecht denken wird.

Auch mos provinciae in L. 9. de extraord. crim. ist nicht ein Gewohnheitsrecht, sondern consuetudo criminis, was auch sonst in unsern Quellen vorkommt.

Erkenntnißquellen sind 1) die Anwendung des Rechts im Leben; dahin gehört die Sitte, die Anwendung in den Gerichten u. s. f. 2) Urkunden; 3) das System, und darunter begreife ich die Gesammtheit der innern Gründe der Erkenntniß. — Der Begriff des Gewohnheitsrechts liegt also darin, daß es aus der natürlichen Uebereinstimmung der Ueberzeugung, die sich mithin weder auf den äußeren Grund des gegebenen Gesetzes noch auf die inneren Gründe wissenschaftlicher Wahrheit, also überhaupt nicht auf bewußte Gründe, sondern auf die natürliche Sinnesverwandtschaft derjenigen stützt, deren gemeinsame Ueberzeugung das Recht ist, des Volks. Diese Ueberzeugung erscheint unmittelbar und zunächst in der Anwendung, und zwar in derjenigen Gestalt derselben, welche dem Begriff der Sitte entspricht, dann kann sie auch andere Organe finden, die sie mit den anderen Rechtsquellen gemein hat. Nun ist ein Unterschied zwischen historischer und praktischer Betrachtung des Gewohnheitsrechts. Wird nämlich die Frage: ist dieser oder jener Satz Gewohnheitsrecht? aus historischem Interesse aufgeworfen, so ist dem Fragenden die Quelle die Hauptsache, d. h. zu wissen, ob der Satz gerade durch diese Rechtsquelle hervorgebracht sey, das Organ aber, ob er erscheint in einer Urkunde u. s. f., an sich gleichgültig, ausser in sofern das Organ von der Beschaffenheit ist, daß sich davon auf die Quelle zurückschließen läßt. Ganz anders, wenn jene Frage aus praktischem Interesse gestellt wird. Denn hier kommt es dem Fragenden darauf an, ob dieser Satz Recht sey oder nicht, nicht ob gerade Gewohnheitsrecht, oder promulgirtes. Daher ist hier die Quelle an sich gleichgültig, und dagegen wird das Erkenntnißmittel die Hauptsache. Wäre daher etwa die Rechtsgewohnheit durch eine andere Rechtsquelle z. B. durch ein Gesetz bestätigt, diese also das Organ für jene geworden, so würde man in der Regel gar kein

Interesse haben, auf die ursprüngliche Quelle selbst zu provociren, vorausgesetzt, daß das Organ entsprechend und sicher wäre. Also wird praktisch das Gewohnheitsrecht nur dann wichtig, wenn es noch auf sich selbst beruht, nicht durch eine andere Rechtsquelle ausgesprochen ist, und unter jenen drey Erkenntnißquellen desselben ist wiederum diejenige die wichtigste, und vorzugsweise ins Auge zu fassende, welche die unmittelbarste ist, also die Anwendung, und zwar in der Gestalt, die unserer Rechtsquelle vorzugsweise angehört, die Sitte. Denn kann man die Existenz eines Rechtssatzes vollkommen sicher aus innern Gründen, aus dem System, nachweisen, oder aus einer vollkommen glaubwürdigen Urkunde, so setzt dieß freilich immer eine Rechtsquelle voraus, zu der sich diese Erscheinungsformen nur als Organe verhalten, aber die erste derselben, das System, ist so beschaffen, und die zweite kann so beschaffen seyn (z. B. wenn die Urkunde eine gesetzliche ist), daß es einer Untersuchung der Quelle, also ob der Satz Gewohnheitsrecht u. s. f. ist, für den praktischen Zweck nicht bedarf. Wenn sich dagegen jemand für die Existenz eines anzuwendenden Rechtssatzes auf die bisherige Anwendung desselben, als Erkenntnißmittel, beruft, so ist dieß ein Organ, das gar keine Selbstständigkeit für sich hat [6]), und beruft er sich insbesondere auf die Gestalt der Anwendung, welche Sitte genannt wird, so hat er sich damit nothwendig auf die erste Rechtsquelle, auf das Gewohnheitsrecht berufen. — Das Resultat von allem diesem ist, daß in praktischer Hinsicht das Gewohnheitsrecht vor-

6) Die Anwendung ist nur durch das angewendete, also eine Erkenntnißquelle für das Recht nur insofern, als ihr ein Rechtssatz zu Grunde liegt, der eben angewendet wird. Ueber diesen Punkt noch unten.

vorzugsweise in seiner unmittelbaren Erscheinung als Sitte zur Sprache kommt. — Ich gehe nun über auf die Ansichten der römischen Juristen.

Durch die so eben gegebene Einleitung erklärt sich vollkommen, warum die Juristen in der praktischen Betrachtung des Gewohnheitsrechts weniger das Wesen, das Recht selbst, die Uebereinstimmung der Ueberzeugung, denn das äußere, die Erscheinung, die Anwendung hervorheben. Daher kommt denn der Ausdruck consuetudo, der nur dieses äußere bezeichnet, und die Redeweise: consuetudo p r o j u r e et lege custoditur, observatur. Daß indessen deshalb nicht die Meinung gehegt werde, als ob ihre Begriffe schlechthin nur bey diesem äußerlichen stehen geblieben wären, und ihnen das Herkommen für sich, mithin etwas ganz leeres, geistloses als Quelle gegolten hätte, das haben sie selbst verhütet, indem sie ausdrücklich bemerken, die consuetudo sey nicht selbst das Recht, sondern nur der Spiegel, die Bestätigung, also das Erkenntnißmittel desselben. Das Recht sey vielmehr die tacita civium conventio, diese aber longa consuetudine comprobata, firmata [7]).

Diese Bemerkung läßt auch den Grund einsehen, warum es die römischen Juristen nicht für überflüssig gehalten haben, ausdrücklich zu bemerken, daß die Consue-

---

7) Freilich sagen die Juristen auch daneben von der Consuetudo, wie dieß oben von den Mores bemerkt worden ist, das Recht sey consuetudine inductum. Aber es ist natürlich, daß in dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zuweilen das Aeußere an die Stelle des Inneren gesetzt wird, wie man auch sagt: das Gesetz habe etwas eingeführt, obgleich dieses nur der Ausspruch von dem Willen des Gesetzgebers, und dieser Wille das eigentlich productive ist.

tudo gültig sey [8]. Wenn sie für nöthig gefunden hätten, die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts oder der Rechtsquelle selbst damit auszusprechen, so würde dieß vielleicht viele Neuere nicht stören, welche eine höchst beschränkte Ansicht von derselben schon gewohnt sind, aber in der That wäre die Sache sehr auffallend bey den römischen Juristen und im römischen Recht, wo keiner der Gründe eingetreten war, die in den neueren Zeiten das Gewohnheitsrecht gegen die anderen Quellen in Nachtheil stellten. Die Aeußerungen der römischen Juristen, daß die Consuetudo pro jure et lege gelte, können einen doppelten Sinn haben. Vor allem einen speciellen, wornach die Gültigkeit der Consuetudo, gleichwie des Senatusconsultum, der Constitutio principis, derjenigen der Lex in der eigentlichen Bedeutung, des Volksschlusses gleichgestellt wird, und in diesem Sinn könnte jenes auch von dem Gewohnheitsrecht selbst gesagt seyn, ohne daß dieß irgend anstößig wäre. Aber sie haben auch einen allgemeinen Sinn, wornach der Consuetudo die rechtliche Gültigkeit überhaupt zugeschrieben wird, und hier kann das Gewohnheitsrecht selbst nicht gemeint seyn, wenn nicht jenes Bedenken entstehen soll, wie die römischen Juristen dazu gekommen seien, einen damals sicherlich unbezweifelten Satz wiederholt einzuschärfen. Ich glaube nun, daß in L. 32. cit. die Aeußerung in jenem speciellen Sinne zu nehmen ist, welche Annahme durch den Verfolg der Stelle gerechtfertigt wird, daß aber L. 33. u. 35. mit den Ausdrücken "pro jure et lege observari solet," und "non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur" ganz allgemein und unbestimmt von der Gültigkeit überhaupt sprechen. Dessen ungeachtet aber sagt der Jurist damit gar nichts überflüssiges, denn er spricht nicht von dem Gewohnheitsrecht, nicht von der Rechts-

---

8) L. 32. 33. 35. 38. de legib.

quelle in unserem Sinn selbst, sondern nur von der äusseren Erscheinung derselben, von dem Herkommen. Und von diesem, der diuturna, inveterata consuetudo ist es allerdings etwas bemerkenswerthes, daß sie pro jure observatur, da dieß etwas ist, was an sich gar nicht in ihr liegt, weil sie diese Kraft nicht in sich selbst trägt, sondern erst durch einen anderen Umstand erhält.

Deshalb entsteht denn auch die weitere Frage nach diesem Umstand, welcher der Consuetudo diese Kraft gewährt, also nach dem Grund ihrer Gültigkeit. Die Frage ist aber durchaus nicht die: aus welchem Grund gilt das Gewohnheitsrecht? sondern die: aus welchem Grunde gilt die Gewohnheit, die Consuetudo? Also nicht: was ist der Grund der Gültigkeit dieser Rechtsquelle? sondern: was ist der Grund davon, daß die Consuetudo ein Erkenntnißmittel des Rechts ist? Diesen Grund nun giebt Modestinus [9]) sehr bestimmt und richtig dahin an. Die Sätze, von denen wir finden, daß sie seit langer Zeit in Gebrauch und Sitte sich geltend gemacht haben, sind gültig velut tacita civium conventio, d. h. weil und insofern sie sich gründen auf die stillschweigende Uebereinstimmung der rechtlichen Ueberzeugung, als auf ihre Quelle. Oder mit andern Worten: das Herkommen ist Erkenntnißquelle des Rechts, weil es die Niederlage der tacita conventio, des unmittelbar in der Volksüberzeugung entstandenen, des Gewohnheitsrechts ist. Weiter aber zu fragen, warum denn nun diese tacita conventio, die Rechtsquelle selbst gelte, das fiel dem Modestin nicht ein, und in der That ist dieß auch eine

6 *

9) L. 35. cit. Sed et ea quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur.

Frage, auf welche sich keine Antwort geben läßt, wie wir im zweiten Buche sehen werden, wo diese Frage, als eine von den Neuern vielfach erörterte, zur Sprache kommen muß.

Dennoch, scheint es, hat Julian diese letztere Frage aufgeworfen und beantwortet in der berühmten L. 32. §. 1. de legib., worin er sagt:

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. (d. h. es ist dieß eben dasjenige, was unter dem Namen mores als eine Hauptquelle unseres Rechts bekannt ist). Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Nach der gewöhnlichen Erklärung dieser Stelle hätte Julian hier den Grund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts angegeben, und ihn in der gesetzgebenden Gewalt des Volks gefunden. Wenn dieß sich wirklich so verhielte, so müßte man wenigstens eingestehen, daß dieser unrichtige Grund der römischen Theorie viel weniger geschadet habe, als derjenigen der neueren Juristen, und ich würde unbedenklich diesen Ausspruch unter jene beiläufigen allgemeinen Aeußerungen der römischen Juristen werfen, von denen sonst schon bemerkt worden ist, daß man auf sie kein großes Gewicht legen, und am wenigsten weitere Consequenzen daraus ziehen dürfe, welche sie selbst nicht gemacht haben. Es würde sich auch leicht

erklären lassen, wie Julian auf diesen Grund kommen konnte, nämlich aus der überwiegenden Stellung, welche der Volksschluß unter den Rechtsquellen besonders dadurch erhalten hatte, daß eine Lex, die der Zwölf Tafeln, formell in der That die Grundlage des gesammten Rechts geworden war. Auf keinen Fall dürfte man ferner mit mehreren älteren und neueren Juristen darin eine Schwierigkeit finden wollen, daß Julian hier sich auf die gesetzgebende Gewalt des Volks, als eine noch existirende, zu berufen scheine, und deshalb etwa die Stelle von dem bestehenden, aus der Zeit der Republik überlieferten Gewohnheitsrecht erklären; denn es ist wenigstens jetzt eine bekannte Wahrheit, daß jene Schwierigkeit gar nicht vorhanden ist, indem noch zu Zeiten Julians und späterhin die Gewalt des Populus Romanus nicht aufgehoben war, sondern wenigstens der Theorie nach, wenn auch nicht in der Ausübung fortdauerte.

Aber der Sinn der Stelle ist ein anderer, als der, welchen die gemeine Meinung hineinlegt. Es ist bekannt, daß die Juristen die Kraft der Leges als einen Maßstab für andere Rechtsquellen gebrauchen, nicht jeder aber eine gleiche Kraft beilegen, z. B. nicht den Edicta Magistratuum. Jene Kraft der Volksschlüsse, legis vicem, haben namentlich die Senatusconsulta [10]), und so auch die Constitutiones principum [11]). Den Grund davon geben Cajus und Ulpian dahin an: von diesen Constitutionen müsse dasselbe gelten, was von den Volksschlüssen, weil der Princeps durch die Lex de imperio an die Stelle des Volks trete. Ganz dasselbe sagt nun Julian

10) Cajus I. 4. Dasselbe sagt Ulpian (L. 9. de legib.) mit den Worten: non ambigitur senatum jus facere posse, was z. B. von dem Prätor nicht gesagt werden kann.

11) Cajus I. 5. Ulpian. L. 1. de constit. princ.

von der Consuetudo. Inveterata consuetudo pro lege custoditur. Es ist schon oben bemerkt worden, daß hier nicht von Gültigkeit überhaupt, sondern von einer speciellen Art derselben, von der legalen Gültigkeit die Rede ist. Dieß ist nun zu beweisen. Daß lex hier wirklich im eigentlichen Sinne genommen ist und mithin Volksschluß bedeutet, ergiebt sich mit der größten Gewißheit aus den folgenden Worten: nam cum ipsae leges etc., wo die Bedeutung des Worts keinem Zweifel unterworfen ist. Ebenso wird dieser Sinn bewiesen durch die Schlußfolge, die der Jurist am Ende der Stelle zieht: deshalb kann ein Volksschluß auch durch Gewohnheitsrecht abrogirt werden. Dieß ist nur eine Folge davon, daß das Gewohnheitsrecht jene bestimmte Art von Gültigkeit, legis vicem hat; aus der Gültigkeit desselben überhaupt würde es nicht folgen, denn auch die Edicta magistratuum haben Gültigkeit und dennoch können sie nicht eine Lex abrogiren. Julian hat also in dieser Stelle allerdings nicht bloß die äußere Erscheinung, die Erkenntnißquelle, wie die oben erwähnten Stellen, sondern die Rechtsquelle und das Gewohnheitsrecht selbst in Beziehung auf seine Gültigkeit im Sinne, aber er spricht nicht von seiner Gültigkeit überhaupt, sondern von dem Grade derselben, und eben so wenig will er einen Grund seiner Gültigkeit im allgemeinen angeben, sondern er giebt zwar einen Grund, aber nur für die bestimmte Art der Gültigkeit, die er behauptet. Diesen Grund nun sucht der Jurist natürlich in einer Beziehung beider Quellen auf einander, und findet ihn darin, daß in beiden dasselbe Subject thätig sey [12], und durch seinen Willen das Recht hervorbringe. Verschieden sey nur die Aeußerung dieses Willens; bey der Lex bestehe dieselbe in dem Suf-

12) Ueber die Haltbarkeit dieses Satzes s. das zweite Kapitel des zweiten Buchs.

fragium, bey der Consuetudo unmittelbar in der Anwendung. Dieser bloß äußere Unterschied könne mithin eine verschiedene Wirksamkeit und Kraft nicht rechtfertigen. Zu diesem Grund fügt er dann noch den Schluß von der Folge auf die Ursache hinzu: Es ist ein ausgemachter Satz (receptum est, d. h. ich mache diese Folgerung nicht erst aus dem zu beweisenden Vordersatz, daß die Consuetudo legis vicem habe), daß die Consuetudo die Leges abrogiren könne, dieß aber läßt sich nur dadurch erklären, daß jene wirklich legis vicem hat.

Gränzen der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts, welche diese Rechtsquelle überhaupt gegenüber dem gesetzlichen Rechte beschränkten, haben unsere Juristen allerdings bey den römischen finden wollen, aber sehr mit Unrecht.

Die wichtigste Beschränkung wäre es, wenn das Gewohnheitsrecht nur in Ermangelung von Gesetzen, also nur eine suppletorische Wirksamkeit hätte. Daß aber dieß die Ansicht der Juristen, welche sogar dem Magistratus das (freilich nur indirecte) corrigere jus civile zuschreiben, nicht gewesen seyn kann, ergiebt sich schon daraus, daß sie der Consuetudo legis vicem verleihen. Ein Zweifel könnte durch die Wendung einiger Stellen [13]) entstehen: De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est. — — Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet. Wollte jemand dieß so verstehen, als sollte ein Gewohnheitsrecht über Punkte, die ein Gesetz normirt habe, nicht gültig seyn, so stünde die-

13) L. 32. 33. auch 38. h. t. — Von L. 2. C. quae sit l. c. im zehnten Kapitel.

ser Erklärung schon dieß entgegen, daß ein solches Argumentum a contrario durch die Beschaffenheit der Stellen, namentlich der erstern, weniger abgerissenen, keineswegs gerechtfertigt wird. — Sie geben dem Richter eine Anweisung über die Quellen, aus denen er den anzuwendenden Rechtssatz zu schöpfen habe, namentlich in den Provinzen und bey städtischen Verhältnissen, wo ein Römer wirklich nicht selten in Verlegenheit kommen konnte. Nun versteht es sich von selbst, daß ein solcher vor allem sich in den geschriebenen Erkenntnißquellen umsieht, enthalten diese, also z. B. die Lex municipalis einen auf den treffenden Fall anwendbaren Rechtssatz, so ist die Schwierigkeit gar nicht vorhanden, und Julian in der ersten Stelle geht also natürlich gleich von diesem Punkt aus: de quibus causis etc. Bist du in jener Verlegenheit d. h. verlassen dich die geschriebenen Rechtsbestimmungen, so ist die nächste Erkenntnißquelle die Consuetudo, und wenn auch diese keine Antwort giebt, und mithin die äußeren Quellen fehlen, ja dann muß ich dich auf dich selbst, auf die juristische Consequenz verweisen. In der zweiten Stelle machen die hieher gehörigen Worte nicht den Anfang, es möchte also hier nicht derselbe Gedanke, wie bey der ersten, zu Grunde liegen. Ich halte folgendes für den Sinn, welchen Ulpian mit jenen Worten verband. Es giebt in den Provinzen [14]) Normen, welche durch die Regierung, das römische Volk oder den Magistratus vorgeschrieben sind als jus publicum, welches der Einwirkung des Provincialvolks entzogen ist, Rechte also oder Pflichten, welche den Provincialen von der Staatsgewalt ertheilt oder auferlegt sind, quae ex scripto descendunt. Für diese kann allerdings ein anderes Recht, also z. B. auch ein partikulares Gewohnheitsrecht keine Entscheidungsquelle abgeben. Sonst

---

14) s. oben S. 74.

und überhaupt aber steht der Anwendung einer diuturna consuetudo in den Provinzen so wenig als anderswo etwas entgegen.

Hieher gehört auch der Fall, welchen Trajan in einem Rescript an Plinius entscheidet [15]). Eine Lex Pompeja, als Lex municipalis für die Civitates in Bithynien, verbot, in die Curie Bürger anderer Gemeinheiten aufzunehmen. Als Plinius Statthalter der Provinz wurde, war diese Vorschrift eine lange Reihe von Jahren nicht mehr beobachtet worden und in allen Städten eine große Anzahl Ausbürger in die Curien gekommen. Deshalb und ob diese ausgestoßen werden sollten, fragte nun Plinius (X. 115.) bey dem Imperator an, wobey er freilich höchst ungeschickter Weise daraus sich ein Bedenken machte, daß die Lex unter den Ursachen der Ausstoßung eines Decurio nicht auch diese angebe, ohne einzusehen, daß bey Befolgung der Lex diese Ursache nicht vorhanden seyn, also vernünftigerweise auch nicht von ihr berücksichtigt werden konnte. Trajan nimmt in seinem Rescript auf diese Schwachheit seines Verehrers keine Rücksicht, und sagt, indem er ihm das vernünftige Motiv unterschiebt, er habe allerdings zwischen der legis auctoritas und der longa consuetudo usurpata contra legem schwanken können. Damit anerkennt er die gleiche Gültigkeit beider Rechtsquellen im allgemeinen, denn wenn das Gewohnheitsrecht schlechterdings und überhaupt dem gesetzlichen nachstünde, so würde jenes Schwanken ganz ungegründet gewesen seyn. Wenn nun aber Trajan sich für die künftige Anwendung des Gesetzes entscheidet, und nur, um Verwirrung zu vermeiden, die bisherigen ungesetzlichen Wahlen nicht aufhebt, so geschieht dieß wegen des besonderen Gegenstandes die-

15) Plin. epist. X. 116.

ser gesetzlichen Verfügung, dessen Normirung dem Consensus civium entzogen seyn sollte.

Jene Beschränkung des Gewohnheitsrechts wird aber noch ganz ausdrücklich durch Julian am Ende der ersten Stelle selbst beseitigt, wo er bemerkt, daß Leges nicht allein durch Suffragium, sondern auch durch den tacitus consensus omnium aufgehoben werden können. Zu diesem letzten Theil der Stelle habe ich noch folgendes zu erinnern. Suffragio legislatoris rührt gewiß nicht von Julian her; keinem Juristen seiner Zeit kann die Barbarey zugemuthet werden, von einem Suffragium des Lator legis gesprochen zu haben. Aber ebensowenig möchte ich emendiren und etwa mit Muretus suffragiis latis dafür setzen. Wahrscheinlich hatte der Jurist geschrieben, entweder suffragio populi oder suffragio schlechtweg (so daß das nachherige omnium auch hierauf zu beziehen war), die Compilatoren aber fanden eine Veränderung schicklich, und schrieben in die Pandekten so, wie wir es in den Handschriften und Ausgaben lesen; wir haben keinen Grund, ihnen einen besseren Ausdruck unterzuschieben. Was aber den Inhalt des Satzes anlangt, so sagt der Jurist nicht etwa, wie seine Worte gewöhnlich referirt werden, die Gesetze würden durch Desuetudo abrogirt; dieß geschieht, eigentlich gesprochen, so wenig als durch Consuetudo das Recht entsteht, und er braucht hier wirklich keinen uneigentlichen Ausdruck. Als Quelle des neuen Rechts, der Abrogation giebt er vielmehr den tacitus consensus an, der nur per desuetudinem wirksam wird, ebenso wie bey einem positiven Inhalt per consuetudinem. Wie der Ausdruck per desuetudinem die neueren Juristen beschäftigt hat, das gehört in einen der folgenden Abschnitte dieser Abhandlung; wir finden von einem Unterschied zwischen desuetudo und consuetudo legi contraria, an welchen

jene so viel Scharfsinn verschwendet haben, keine Spur bey den römischen Juristen, besonders auch deswegen, weil ein solcher Unterschied gar nicht existirt.

Und wenn sonach das Gewohnheitsrecht an sich keine geringere Autorität hat als das gesetzliche, die Consuetudo keinen geringeren Anspruch auf Beachtung macht als die urkundlichen Erkenntnißquellen [16]), so haben auch die römischen Juristen wohl eingesehen, daß keine Rechtsquelle mehr Vertrauen verdient, also jenes Ansehen mit größerem Rechte hat, als diese. Denn so sagt Paulus: immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere [17]).

---

# Achtes Kapitel.

## Fortsetzung: Erfordernisse der Consuetudo.

Jemand, welcher zuerst unsere Rechtsquellen unbefangen durchgienge, und darauf in die Theorie unserer Compendien, vor jene Reihe von "Erfordernissen des Gewohnheitsrechts" geriethe, würde sich ohne Zweifel in einem ganz fremden, mit dem römischen auch nicht von fern zusammenhängenden Recht zu befinden glauben, und wie sehr würde er bey der gewissen Versicherung erstaunen: das sey römisches Recht. Um so ersprießlicher wird es seyn, wenn hier, wie es dem Plan dieses ersten Buchs

16) L. 35. h. t. Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt — non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.

17) L. 36. h. t.

gemäß ist, diese neuere Theorie einstweilen ganz auf die Seite gestellt, und sich auf dasjenige beschränkt wird, was und wie es in den römischen Rechtsquellen enthalten ist.

Vor allem muß hier wieder das Gewohnheitsrecht selbst und seine Erscheinung, die consuetudo unterschieden werden. Von Erfordernissen des Gewohnheitsrechts selbst sprechen die römischen Juristen meines Wissens gar nicht, wenn man unter Erfordernissen nicht den Begriff verstehen, also die gemeinsame Ueberzeugung als ein Erforderniß aufzählen wollte. Diese gemeinsame Ueberzeugung muß sich ferner äußern, und insofern ist die Sitte ein Erforderniß des Gewohnheitsrechts; auch dieß setzen die römischen Juristen voraus, indem sie unmittelbar nicht von dem tacitus consensus, sondern eben von seiner Aeußerung, der Consuetudo sprechen. Ueberhaupt aber ist der Ausdruck: Erforderniß des Gewohnheitsrechts ein höchst unbestimmter und zweideutiger. Nimmt man das Erforderniß als Erforderniß für die Entstehung des Gewohnheitsrechts, wie die neueren zu thun pflegen, so kann man das erste, gemeinsame Ueberzeugung, allerdings ein Erforderniß nennen, wenn man nicht überhaupt diese Bezeichnung für unpassend hält. Aber das zweite, die Sitte, kann dann nicht ein Erforderniß genannt werden, weil sie, als Aeußerung eines schon entstandenen, nicht Erforderniß zu dessen Entstehung seyn kann. Wenn man aber das Erforderniß in einem andern Sinne nimmt, z. B. für die Anwendung durch den Richter, für seine Annahme eines Gewohnheitsrechts, so ist das, wovon man spricht, eben schon kein Erforderniß des Gewohnheitsrechts selbst mehr.

Etwas ganz anderes sind Erfordernisse der Consuetudo. Auch über diese stellen die römischen Juristen in dem, was uns überliefert ist, keine eigentliche Theorie

auf, indem sie wahrscheinlich der Meinung waren, entweder daß überhaupt speciell bestimmte Erfordernisse nicht angegeben werden könnten, oder daß dieß ein Punkt sey, der im ganzen der richterlichen Beurtheilung für die einzelnen Fälle überlassen bleiben müsse. Indessen geben dennoch einige von ihnen solche, aber sehr im allgemeinen gehaltene Anweisungen für die Beurtheilung und Benutzung dieser Erkenntnißquelle des Rechts, und diese sind es, welche in diesem Kapitel betrachtet werden sollen. Die Frage, um deren Beantwortung es hier zu thun ist, ist also die: worauf hat der Richter zu sehen, wenn sich vor ihm auf ein Gewohnheitsrecht berufen wird, oder wenn er sonst veranlaßt ist (z. B. nach den Anweisungen, die wir im vorigen Kapitel kennen gelernt haben), diese Rechtsquelle zu befragen? unter welchen Voraussetzungen kann er ein Gewohnheitsrecht als wirklich existirend annehmen?

Vor allem hat er auf die Erscheinung des Gewohnheitsrechts, auf die Consuetudo sein Augenmerk zu richten. Im allgemeinen ist dieß die Anwendung des Rechtssatzes, daher wird die Verweisung auf das Gewohnheitsrecht auch so ausgedrückt, der Richter müsse beobachten, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa esset [1]). Diese Anwendung, dieser usus wird aber durchaus kein zuverläßiges Kennzeichen eines darin sich kund gebenden Rechtssatzes seyn, wenn dieselbe nicht eine längere Zeit hindurch fortgesetzt ist, daher denn die steten Beiwörter: longa, inveterata, diuturna consuetudo, longaevus usus, und die noch bestimmtere Aeußerung: ea, quae per plurimos annos observata sunt [2]). Denn nur dadurch wird ihr das äußere Merkmal einer Regelmäßigkeit aufgedrückt,

---

1) L. 37. h. t.

2) L. 35. h. t.

so daß sie als eine perpetua consuetudo erscheint, das heißt, nicht etwa das Merkmal einer ewig dauernden, sondern einer regelmäßigen, eines eigentlichen Herkommens [3]). Ich will hier nur beiläufig bemerken, daß es den Römern nicht eingefallen ist, dem Richter eine bestimmte Zeit vorzuschreiben, während welcher die Uebung nachgewiesen werden müßte. Zu einer solchen dem Wesen der Sache völlig unangemessenen Bestimmung konnten sie durch nichts veranlaßt seyn. Selbst die späteren Kaiser, welche in so manchen Fällen die Beschränkung des richterlichen Ermessens für ein Bedürfniß ihrer Zeit hielten, haben dasselbe hierin nicht beschränkt, und konnten es vernünftigerweise schon deshalb nicht, weil die Fälle, in denen der Richter bald nach einer längeren Uebung fra-

3) Diese Eigenschaft liegt eigentlich, wenigstens in einem gewissen Grad schon in dem Wort consuetudo selbst. So unterscheidet sich daher mos und consuetudo, indem in jenem nur die Aeußerung einer stillschweigenden Ueberzeugung, in diesem aber das fortgesetzte dieser Aeußerung liegt. Deshalb sagt Varro bey Macrobius (Saturn. III. 8.), morem esse in judicio animi quem sequi debeat consuetudo, also die Consuetudo ist der Prüfstein und das Erkenntnißmitel des Mos. Macrobius selbst sagt nachher in Beziehung auf eine hierdurch zu erklärende Stelle Virgils: mos ergo praecessit, et cultus moris secutus est, quod est consuetudo. Dasselbe drückt auch die Stelle des Varro bey Servius (welche Brissonius citirt) aus: morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit, und damit stimmt auch die Wortfolge in dem Ausdruck moribus et consuetudine u. dgl. überein. Auch erklärt sich aus diesen Stellen, warum die Juristen, wo sie historisch von dem Gewohnheitsrecht sprechen, gewöhnlich den Ausdruck mos und mores brauchen, dagegen, wo von der praktischen Beurtheilung desselben die Rede ist, sich am häufigsten des anderen Wortes bedienen.

gen, bald schon eine kürzere für hinreichend finden wird und muß, viel zu verschieden sind, als daß eine solche feste Bestimmung auch nur nicht ganz zweckwidrig seyn könnte.

Consuetudo bezeichnet die fortwährende Uebung überhaupt, ohne eine besondere Art derselben entweder hervorzuheben oder auszuschließen [4]. Eine Art derselben ist die Anwendung des Satzes vor Gericht, namentlich in richterlichen Erkenntnissen, welche darauf gegründet sind. Daher stellt Callistratus [5] consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem zusammen. Diese Res judicatä sind nämlich eine Erkenntnißquelle, eine Niederlage auch des Gewohnheitsrechts, ebenso wie auch jedes anderen Rechts, nur daß sie bey dem gesetzlichen Recht, wofür man in der Regel ein anderweitiges, bestimmteres Erkenntnißmittel hat, nicht so wichtig sind, wie bey unserer Rechtsquelle und dem Juristenrecht. Daß unter jenem Ausdruck nicht eine eigene Rechtsquelle zu verstehen ist (aus welcher die Neueren ihren "Gerichtsgebrauch" gemacht haben), ergiebt sich

---

4) Auch darin unterscheidet sich das Wort von unserem: Sitte; ein weiterer und wichtigerer Unterschied wird nachher erwähnt werden. — Consuetudo wird hier von mir immer als Uebung eines Rechtssatzes genommen, weil sie nur insofern hieher gehört. Aber auch dieß ist nicht die ausschließende Bedeutung des Worts in unseren Quellen. Die römischen Juristen gebrauchen es für fortdauernde Uebung überhaupt, also auch für die Ausübung einer Befugniß, wie in L. 1. §. 23. L. 2. pr. de aqua pluvia L. 1. C. de servitut. u. a. Wenn man daher das, was an solchen Orten aufgestellt wird, darum für eine Art von Gewohnheitsrecht nehmen wollte (s. Duroi im Archiv für civil. Pr. VI. S. 287 f.), so wäre dieß ein offenbarer Irrthum.

5) L. 38. h. t.

schon daraus, daß hier überhaupt nicht von eigentlichen Rechtsquellen, sondern nur von Erkenntnißquellen geredet wird; abgesehen von der Unmöglichkeit einer solchen Rechtsquelle, wovon weiter unten die Rede seyn wird. Von dieser besonderen Art der Anwendung gilt übrigens natürlich dasselbe, was oben von der Consuetudo überhaupt gesagt worden ist, daher: res perpetuo similiter judicatae.

Noch eine sehr merkwürdige Vorschrift und ein von den bisherigen verschiedenes Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts giebt Ulpian in L. 34. h. t., wodurch, je nachdem man die Stelle versteht, die Anwendung dieses Rechts entweder besonders erleichtert, oder besonders erschwert wird. Die Stelle lautet so:

> Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.

Von den daran gemachten Emendationen kann nur eine auf Billigung Anspruch machen, diejenige, welche auf die Basiliken gestützt, das Wort contradicto in contradicta verwandelt [6]. Aber auch contradicto judicio irrt jetzt niemanden mehr, wie es dieß sonst that und die Lesart non contradicto hervorbrachte; beide Lesarten geben im allgemeinen denselben Sinn: es sey die Consuetudo Gegenstand der richterlichen Untersuchung und Prüfung gewesen. Uebrigens sind beide Ausdrücke sehr gezwungen, es mag eine Consuetudo, deren Existenz widersprochen, eine contradicta consuetudo, oder ein Judicium, in welchem über dieselbe gestritten worden, ein contradictum

6) Jo. Leunclav. notator. lib. II. in Otton. thes. III. p. 1503 f.

ctum judicium genannt werden [7]), so daß man annehmen möchte, die Compilatoren hätten hier jedenfalls einem ihnen nicht passenden Ausdruck Ulpians einen andern aus ihrem Sprachschatze substituirt. Die Worte der Stelle für sich betrachtet könnten so verstanden werden, als ob es schlechthin Bedingung der Anwendung des Rechtssatzes sey, daß er schon einmal gerichtlich bestätigt worden. Diese Beschränkung des Gewohnheitsrechts kann aber schon deshalb nicht in der Stelle liegen, weil daraus das widersinnige Resultat folgen würde, daß ein Gewohnheitsrecht niemals zur Anwendung kommen könnte, da eine Anwendung, eine Sentenz doch immer die erste seyn muß, die keine andere vor sich hat. Es ist nun auch, wenigstens heutzutage, jedermann einverstanden, daß dieses Erkenntnißmittel nicht als das ausschließende angegeben wird. Umgekehrt liegt vielmehr in der Stelle eine bedeutende Begünstigung des Gewohnheitsrechts. Ulpian sagt, der Richter soll vor allem darauf sehen, ob die behauptete Consuetudo nicht schon einmal durch eine Sentenz bestätigt worden ist. Die Wirkung, welche dieß für den gegenwärtigen Fall, in dem derselbe Rechtssatz wieder zur Sprache kommt, haben soll, giebt er nicht ausdrücklich an. Man könnte denken, diese sey keine besondere, sondern eine solche Sentenz sey dann wie ein anderer Act der Anwendung zu beurtheilen, könne also nur in Verbindung mit andern, die per plurimos annos vorgefallen, und perpetuo similiter eingetreten wären, von Einfluß auf die jetzige Entscheidung seyn. Dieß kann jedoch die Meinung Ulpians nicht gewesen seyn. Daß er vielmehr eine besondere Wirkung im Sinne hatte, beweist das besondere Erforderniß, das er für diese Sentenz voraussetzt. Jener allgemeine Einfluß eines

---

7) Cujac. Observ. XX. 1. Otto praef. ad Tom. III. Thes. p. 57.



BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

von mehreren Zeugnissen über die Anwendung des Rechtssatzes würde auch einem Urtheil, das die von Ulpian vorausgesetzte Eigenschaft nicht hätte, zukommen. Die besondere Wirkung nun kann, so wie die Stelle beschaffen ist, keine andere seyn als die: ist eine Sentenz unter diesen Voraussetzungen vorhanden, so hat der Richter den Satz als Rechtssatz anzuerkennen, ohne daß es weiter einer nochmaligen Untersuchung der Consuetudo bedarf, so daß also die frühere Sentenz ganz für sich allein eine vollkommen genügende Erkenntnißquelle ist. Von den Voraussetzungen, unter welchen das frühere Urtheil diese ausgezeichnete Wirkung haben soll, ist eine schon oben bey Gelegenheit der Worte: contradicto judicio angegeben worden. Aber die Stelle enthält noch eine zweite. Es scheint nämlich nicht ohne Bedeutung, daß der Bezeichnung der Consuetudo als einer partikulären durch die Stellung der Worte ein besonderes Gewicht gegeben wird. In der That würde es mißlich seyn, einer einzelnen Sentenz für ein gemeines römisches Gewohnheitsrecht einen solchen Einfluß beizulegen. Ich trage daher, da es sich hier wirklich um eine singuläre Bestimmung handelt, kein Bedenken, dieselbe auf diejenigen Gewohnheitsrechte, von denen die Stelle spricht, auf die partikulären zu beschränken.

Die Consuetudo, um nun wieder zur Regel zurückzukehren, muß nach dem oben bemerkten, wenn der Richter sie als Quelle soll betrachten können, eine longa etc. consuetudo seyn, und dieß kann man das erste Erforderniß derselben nennen. Dazu kommt noch ein Umstand, welcher berücksichtigt werden muß, und aus welchem man allenfalls auch ein Erforderniß machen kann. Consuetudo bedeutet an sich das äußere, die Erscheinung einer Ueberzeugung. Sie ist nur insofern consuetudo, als etwas inneres vorhanden ist, welches angewendet, geübt

und dadurch geäußert wird. Diese Ueberzeugung, welche der Consuetudo als ihre Ursache zu Grunde liegt, kann seyn eine bloß individuelle Ueberzeugung eines oder mehrerer Menschen, oder aber eine gemeinsame Ueberzeugung. Dieß letztere muß nun der Fall seyn (was Julian mit tacitus consensus omnium ausdrückt), wenn die Consuetudo eine Erkenntnißquelle des Rechts seyn soll, da das Recht eben eine gemeinsame, nicht eine bloß individuelle Ueberzeugung ist. Dadurch, daß consuetudo beides enthalten kann, unterscheidet sich dieses Wort von dem deutschen Ausdruck: Sitte, welcher nur die Erscheinung einer gemeinsamen Ueberzeugung bezeichnet. Das zweite Erforderniß der Consuetudo in ihrer juristischen Anwendung ist daher folgendes. Wenn wirklich eine longa consuetudo vorhanden ist, die also ihrer äußeren Beschaffenheit nach vollkommen geeignet erscheint, die Niederlage eines Rechtssatzes zu seyn, so darf doch auch kein Grund vorhanden seyn, der es zweifelhaft macht, ob ihr eine gemeinsame rechtliche Ueberzeugung zu Grunde liegt, oder welcher diese gar ausschließt. Dieß ist meiner Ansicht nach aus folgender Stelle zu entnehmen:

> Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet [8]).

Die Erklärung dieser Stelle hängt von der Erklärung der beiden Ausdrücke: ratio und in aliis similibus ab. Die Schlußworte nämlich können einmal so verstanden werden, daß damit nur die analoge Anwendung des Rechtssatzes, dann aber so, daß die fernere Anwendung überhaupt ausgeschlossen seyn soll. Welcher Sinn der wahre sey, wird sich zum Theil aus dem Sinn des

---

8) Celsus in L. 39. h. t.

Worts ratio ergeben, mit dessen Erklärung daher zu beginnen ist. Die Ansichten unserer Juristen darüber und also auch über die ganze Stelle sind sehr verschieden [9]. Von diesen können zwey ausgeschieden werden, welche sich vornämlich geltend gemacht haben, und zwar so, daß die erste in früheren Zeiten, die andere aber in unseren (wenn sie gleich nicht erst in diesen entstanden ist) als herrschend angesehen werden kann. Nach der ersten Ansicht heißt ratio so viel wie Vernunft, und die Stelle erklärt ein unvernünftiges Gewohnheitsrecht für ungültig. Nach der zweiten Ansicht, von deren sehr verschiedenen Modificationen hier nur diejenige hervorgehoben werden soll, die noch am meisten für sich hat, heißt ratio hier, wie so oft, die juristische Consequenz, also eine consuetudo contra rationem eine solche, die ein jus singulare einführe, und die Stelle erklärt sich nur gegen die analoge Anwendung derselben, ist also nur eine Wiederholung dessen, was in L. 14. h. t. von den Leges gesagt wird, für die Consuetudo, so daß sie also hiernach gar nichts der Consuetudo eigenthümliches festsetzen würde. Beide Erklärungen aber halte ich für falsch. Die erste ist ohnedieß viel zu unbestimmt, und es würde damit noch gar nichts gesagt seyn. Denn theils könnte man immer erst fragen: was ist denn unvernünftig, welcher Vernunft darf die Consuetudo nicht zuwider seyn? theils aber wäre ein unvernünftiges Gewohnheitsrecht ein Unding, denn wo eine gemeinsame Volksüberzeugung wirklich vorhanden ist, da kann auch von einer Unvernunft nicht die Rede seyn, da vernünftig und unvernünftig im gewöhnlichen Sinn keine Prädicate für eine Nation sind [10]. Die zweite Ansicht aber ist deswegen

---

9) S. Schulting und Smallenburg zu dieser Stelle.

10) Eine unvernünftige Consuetudo ist allerdings denkbar, und wenn man dabey stehen bleiben könnte, so würde je-

falsch, weil der in der Stelle gegebene Gegensatz der ratio, der error die Bedeutung jener als ratio juris ausschließt. Eben dieser Gegensatz nun giebt über den Sinn jenes vieldeutigen Worts an diesem Orte Aufschluß, und hiernach ist der Inhalt der Stelle folgender. Die Consuetudo muß sich auf eine gemeinsame rechtliche Ueberzeugung gründen. Wo nun aber der Consuetudo ein Irrthum zu Grunde liegt, so daß eine wahrhafte Ueberzeugung, welche die Quelle des Rechtssatzes wäre, nicht vorhanden ist, da ist auch die Consuetudo nicht das Organ eines Rechtssatzes. Ein Beispiel wäre folgender Fall. In einer Gemeinde ist den Nichtbürgern seit langer Zeit die Ausübung gewisser bürgerlicher Rechte gestattet worden, in der Meinung, daß ein Gesetz existire, welches ihnen diese Rechte verleihe. Können nun dieselben, wenn der Irrthum an den Tag kommt, sich darauf berufen, daß hier wenigstens ein Gewohnheitsrecht vermöge der langen Consuetudo vorhanden sey? Keineswegs. Eine Consuetudo ist freilich vorhanden, aber diese hat jenes zweite Erforderniß nicht, der Irrthum hindert hier die gemeinsame Ueberzeugung, die zur Hervorbringung eines Rechtssatzes nöthig ist. Ich erkläre also die Schlußworte der Stelle so, daß nicht bloß nicht eine analoge Anwendung, sondern überhaupt keine Anwendung mehr geschehen, daß also mit dem Erkennen des Irrthums die Consuetudo abgeschnitten seyn soll. Dieß folgt nicht allein mit Nothwendigkeit aus meiner Erklärung des non ratione introductum selbst, sobald sie richtig ist, sondern es ist auch den Worten gemäß, in-

---

ner Erklärung der zweite Einwand nicht entgegenstehen; aber die Stelle spricht nicht bloß von einer Consuetudo, die contra rationem wäre, sondern sie giebt dieses Prädikat demjenigen, was der Consuetudo vorausgeht, dieses sey non ratione introductum, sed errore obtentum.

dem das in aliis similibus non obtinet, dem consuetudine obtentum, also nicht einem Rechtssatz, der in einer gewissen Beschränkung noch anzuwenden wäre, sondern der Anwendung selbst entgegengesetzt wird. "Der Satz ist bisher angewendet worden, aber er soll in andern ähnlichen Fällen nicht angewendet werden," heißt schon diesen Worten nach: es soll überhaupt keine Anwendung davon mehr statt finden [11]).

Sowie in dieser Stelle, so scheint auch in einer anderen eine Consuetudo verworfen zu werden:

.... Si quem tamen ante aedes meas, vel ante praetorium meum piscari prohibeam: quid dicendum est? me injuriarum judicio teneri, an non? Et quidem mare commune omnium est, et litora, sicuti aer; et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi, sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo jure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari. Quare si quis prohibeatur, adhuc injuriarum agi potest. In lacu tamen qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum. (Die Stelle selbst beginnt mit dem Satz, daß derjenige, der den andern an dem Gebrauch des Meeres hindere, injuriarum belangt werden könne [12]).

Vor allem fragt sich, ob hier wirklich von einer Consuetudo die Rede ist? Stellen, wo usurpatum eben-

11) Schon die Glosse giebt zu der hier versuchten Interpretation Anleitung.

12) Ulpian. L. 13. §. ult. de injur.

falls diesen Sinn hat [13]), können natürlich diese Bedeutung an diesem Orte nicht beweisen, da sie offenbar nicht die einzige ist. Mehr Gewicht könnte man legen auf den allgemeineren Inhalt der Behauptung ut quis prohiberi possit, wornach hier wirklich ein Rechtssatz usurpirt worden zu seyn schiene. Wir wollen einstweilen voraussetzen, daß hier wirklich von einer Consuetudo gesprochen werde, und von diesem Gesichtspunkt aus die Stelle in nähere Betrachtung ziehen. Eine Consuetudo also wird verworfen. Aus welchem Grunde, wird nicht angegeben, ausser daß der beiläufige Zusatz: tametsi nullo jure dahin bezogen werden kann. Dieser kann dann einen doppelten Sinn haben, entweder den: der Satz sey gegen die juristische Consequenz, contra rationem juris, gegen das Jus commune; oder den: die Eigenschaft des Meers als einer res communis sey ein Rechtssatz, der nicht durch ein solches specielles Gewohnheitsrecht (von einem partikulären ist nicht die Rede) modificirt werden könne. In beiden Fällen wäre ohne Zweifel der Ausdruck sehr unbestimmt und wenig verständlich; immer müßte man sogar den zweifachen Sinn verbinden, denn das erste würde für sich gar keinen Grund abgeben, da die Singularität des Satzes an sich kein Grund der Ungültigkeit einer Consuetudo seyn, vielmehr es auch singuläres Gewohnheitsrecht geben kann. Aber nicht allein, daß es mit dem Grunde der Verwerfung, nämlich mit dem Ausdrucke desselben schlecht aussieht; auch die Form der Rede stimmt mit der Verwerfung nicht überein. Denn das quare bezöge sich auf die Einschaltung tametsi nullo jure, was unter der gemachten Voraussetzung jedem Leser unleidlich scheinen muß. Man müßte also, meines Erachtens, annehmen, Ulpian habe wirklich nicht so geschrieben, wie jetzt in den Pandekten zu

---

13) L. 1. §. 6. de extrao. cogn. Plin. Epist. X. 115.

lesen ist, sondern: quare adhuc injuriarum agi non potest, d. h. wie die Sachen jetzt stehen, mit einer leisen Andeutung der Möglichkeit, daß die Ratio juris auf irgend eine Weise zurückgebracht werde. Die justinianischen Legislatoren hätten dann hier einen großmüthigen Entschluß, der elegantia juris aufzuhelfen, auf eine ziemlich ungeschickte Weise ausgeführt. Aber diese Annahme wird nur dann nothwendig, wenn die Stelle von einem Gewohnheitsrecht zu verstehen ist. Dazu sind wir jedoch durchaus nicht genöthigt. Ungeachtet dessen, was sich dafür sagen läßt, und oben gesagt worden ist, hindert uns nichts, die Stelle folgendermaßen zu erklären, und diese Erklärung giebt derselben sogar noch mehr innern Zusammenhang als jene. Ungeachtet nämlich die Imperatoren so oft rescribirt haben, das Meer sey frey, kommt es doch vor, daß man sich eine Verhinderungsbefugniß in dem angegebenen Falle zuschreibt. Wenn daher jemand verhindert wird (quare so viel als: in diesem Falle, aus diesem Grunde), so kann er eben so injuriarum klagen, wie wenn er sonst an dem Gebrauch des Meers gehindert wird; so daß also adhuc hier in dem Sinne gebraucht ist, wie es z. B. in L. 14. §. 2. de alim. leg. vorkommt. Ich glaube daher, daß die Stelle gar nicht von einem Gewohnheitsrechte spricht.

---

## Neuntes Kapitel.

### Fortsetzung: Erkenntniß des Gewohnheitsrechts.

Dem entscheidenden Richter sind zwey Punkte gegeben, deren Verhältniß von ihm bestimmt werden soll. Den ersten bildet das Recht, den zweiten das Factum. Seine Thätigkeit besteht nun darin, zuvörderst beide zu erkennen, dann aber beide mit einander zu verbinden, die

rechtliche Gestalt der factischen Verhältnisse aufzufinden und auszusprechen, oder, wie man zu sagen pflegt, das Recht auf das Factum anzuwenden. Nur von dem ersten Theil dieser seiner Thätigkeit ist hier die Rede, und auch hier nur in Beziehung auf den ersten Punkt.

Während hinsichtlich der Thatsachen in unserem Civilprocesse die Regel gilt, daß deren Erkenntniß dem Richter von den Parteien nach den Regeln, welche das Recht über das Daseyn einer juristischen Gewißheit giebt, verschafft werden muß, daß die Thatsachen Gegenstand des Beweises von Seiten der Parteien sind, stellt die alte Parömie: jura noscit curia hinsichtlich der Erkenntniß des Rechts den entgegengesetzten Grundsatz auf, daß das Recht von dem Richter selbstständig und unabhängig auszumitteln ist. In der That würde auch kaum mehr von einem Recht die Rede seyn können, wenn der Richter hier von demjenigen abhängig gemacht würde, was die Parteien zur rechtlichen Begründung ihrer Ansprüche anführen und wie sie die allegirten Rechtssätze zu beweisen vermöchten; das Recht würde dadurch zu etwas lediglich conventionellem werden, und jeder Proceß hätte sein eigenes Recht, nämlich dasjenige, was die Proceßführenden aus dem bestehenden Recht zu allegiren für gut fänden und zu beweisen vermöchten. Es liegt mithin in der Natur der Sache, daß das Recht weder allegirt noch bewiesen zu werden braucht.

Natürlich muß es jedoch den Parteien unverwehrt seyn, den Richter in dem Geschäft der Rechtserkenntniß zu unterstützen, sowohl wo es dem Daseyn eines Rechtssatzes überhaupt, als wo es der Anwendbarkeit eines solchen auf den gegebenen Fall gilt, eine Unterstützung, welche theils in der bloßen Hinweisung auf den Rechtssatz, theils in einer Erleichterung seiner Erkenntniß bestehen

kann. Eine solche Hinweisung und Deduction kann nach Beschaffenheit der Umstände für eine Partey sehr vortheilhaft seyn, ja sie kann ein dringendes Bedürfniß werden, wenn der treffende Rechtssatz von der Beschaffenheit ist, daß derselbe dem Richter leicht entgehen kann, wie z. B. wenn es sich um ein sehr partikuläres Recht handelt; oder daß dem Richter die Quelle seiner Erkenntniß nicht so zugänglich ist, als sie es mit Hülfe der Partey werden kann. Aber dadurch wird jene durch die Natur der Sache gebotene Selbstthätigkeit des Richters weder aufgehoben noch beschränkt. Ja selbst die ausdrückliche Festsetzung, daß dem Richter wegen Nichtkenntniß eines solchen Rechtssatzes kein Vorwurf gemacht werden, daß ein gegen denselben gefälltes Urtheil nicht als nichtig angesehen werden könne, würde die Sache ganz und gar nicht verändern. Das Recht ist auch hier nicht Gegenstand des Beweises, auch hier hat der Richter, sobald er von dessen Daseyn auf irgend eine Weise Kenntniß erhalten hat, ex officio und selbstthätig sich desselben zu vergewissern, die Berufung der Parteien auf einen solchen Rechtssatz ist auch hier nur eine suppletorische, und ist für sich und in ihren Wirkungen durchaus verschieden von der Allegation von Thatsachen.

Welche Anwendung finden nun die bisher vorgetragenen, im allgemeinen wohl unbestrittenen Grundsätze auf das Gewohnheitsrecht und die Erkenntniß desselben durch den Richter? Es folgt aus dem Plan meiner Darstellung, daß ich bisher die Theorien der Neueren nicht unmittelbar in Betrachtung gezogen habe, welche vielmehr den folgenden Büchern dieser Abhandlung vorbehalten bleiben. Hier aber ist ein Punkt, wo die directe Berücksichtigung derselben nicht umgangen werden kann, da ausserdem die Beantwortung jener Frage als etwas ganz überflüssiges erscheinen müßte. Sie gewinnt nur dadurch

ein besonderes Interesse, daß sie von den Neuern so beantwortet wird, wie es kein Unbefangener für möglich hielte. Indessen soll, um den gegenwärtigen Gesichtspunkt, die Ansichten der römischen Juristen nicht zu sehr aus den Augen zu verlieren, nur im allgemeinen von der dießfallsigen Ansicht der Neuern die Rede seyn, die nähere literärgeschichtliche Ausführung aber an einem anderen Ort ihre Stelle finden. — Die neueren Juristen stellen nämlich die höchst singuläre Behauptung auf, das Gewohnheitsrecht müsse von den Parteien, welche sich darauf berufen, bewiesen werden, und diese Meinung ist so allgemein, daß sich kaum ein Pandektenhandbuch finden wird, wo nicht der "Beweis des Gewohnheitsrechts" eine eigene Rubrik bildete, und sie ist auch keineswegs erst in unseren Zeiten entstanden.

Sofern man das Gewohnheitsrecht als ein Recht erkennt, so kann es nicht zweifelhaft seyn, daß alles dasjenige, was oben über das Verhältniß des Richters zu demselben gesagt worden ist, darauf vollkommene Anwendung findet. Es kann gerade bey diesem Recht jenes Bedürfniß eintreten, das Gericht auf dessen Daseyn aufmerksam zu machen, namentlich da wo die Gerichtsverfassung so beschaffen ist, daß die Gerichte der Ueberzeugung des Volks oder des Theils desselben, dessen Ueberzeugung in dem gegebenen Fall zur Sprache kommt, entfernter stehen, wo nicht wie nach alter deutscher Verfassung, das Volk selbst zu Gericht sitzt, oder seine aus ihm genommenen Vertreter dabey hat. Ferner kann überdem hier besonders das Bedürfniß vorhanden seyn, daß der Richter in seiner Erkenntniß durch Darreichung von Erkenntnißmitteln unterstützt werde. Aber wenn der Richter wirklich Richter seyn, wenn er Recht sprechen soll, so muß er hier dessenungeachtet eben so selbstthätig und ex officio die Kenntniß von dem in Frage stehenden Ge-

wohnheitsrecht sich zu verschaffen suchen, als wenn er auf ein Gesetz aufmerksam gemacht wird, welches ausser Acht zu lassen, er in Gefahr war.

Jene Behauptung also, wornach die Existenz des Gewohnheitsrechts für den Richter schlechthin von der Willkühr und der Thätigkeit der Parteien abhängig gemacht wird, läßt sich nur dadurch von dem Vorwurf der Widersinnigkeit und Unwürdigkeit retten, daß man das Gewohnheitsrecht aus dem Recht hinwegzunehmen und in die Kategorie der Thatsachen zu setzen sucht, und dieß ist denn auch der Weg, welcher seit der Glossatorenzeit von den Neueren betreten worden ist. Nun ist das Gewohnheitsrecht allerdings eine Thatsache, aber ebenso wie alles Recht eine solche ist, und es wäre ein sonderbares Verfahren, wenn man diesen Satz auf die besondere Bedeutung übertragen wollte, worin in dem Rechtsstreit Recht und Factum einander gegenübergestellt werden. Man hat dieß auch nicht verkannt, aber nur um sich in eine nicht weniger verkehrte Argumentation zu werfen. Das Gewohnheitsrecht sey freilich ein Recht, aber es beruhe auf Thatsachen und darum müsse es bewiesen werden. Unter diesen Thatsachen, auf denen es beruht, kann man sich zuvörderst solche vorstellen, durch welche es entsteht. Aber das gesetzliche Recht beruht in diesem Sinne nicht weniger auf dergleichen, ja das Factum, wodurch dieses entsteht, ist ein sehr bestimmtes, äußerlich erkennbares, nämlich der Ausspruch des allgemeinen Willens, die Promulgation, welches also vollkommen Gegenstand eines förmlichen Beweises seyn könnte. Die Thatsache hingegen, wodurch das Gewohnheitsrecht entsteht, die Bildung einer stillschweigenden gemeinsamen Ueberzeugung, ist etwas verborgenes, das dem nicht philosophischen Geist nur in seinen Wirkungen erkennbar ist, das also unmöglich Gegenstand des juristischen Beweises seyn

kann, wenn man nicht etwa willkührlich und conventionell etwas ganz anderes dafür annimmt, und dieses statt der eigentlichen Entstehung beweisen läßt. Wenn man sagt, der sich auf ein Gewohnheitsrecht Berufende müsse actus plures, uniformes u. s. f., als durch welche Dinge dann dasselbe entstanden sey, beweisen, so heißt dieß doch in der That nichts anderes, als: wenn du deinen Beweis auf diese Dinge richtest, so wollen wir annehmen, du habest ihn auf das Gewohnheitsrecht gerichtet, und es wäre von diesem Verfahren nicht sehr verschieden, wenn man um die Existenz desselben würfelte. Denn welcher Vernünftige wird glauben, daß eine rechtliche Ueberzeugung durch solche einzelne Acte wirklich entstehe? Aber selbst wenn man sich jene Fiction erlaubt, so ist so viel gewiß, daß selbst jene Thatsachen keine Thatsachen in einem eminenteren Sinne sind, als diejenigen, welche bey dem promulgirten Recht vorkommen. — Versteht man aber unter jenen Thatsachen diejenigen, wodurch das Gewohnheitsrecht äußerlich und erkennbar wird, die wirkliche Uebung desselben, die consuetudo, so ist dasselbe in Beziehung auf den angeblichen Grund, warum es bewiesen werden müsse, von dem übrigen Recht nicht verschieden, auch dieses beruht in diesem Sinne auf Thatsachen, und es ist auch hier völlig unbegreiflich, warum jenes eine factischere Natur als dieses annehmen soll, aus einem Grund, welchen es mit demselben vollkommen gemein hat.

Das Gewohnheitsrecht ist mithin auf dieselbe Weise Gegenstand der officiellen Erkenntniß von Seiten des Richters, wie jedes andere Recht, und der Richter darf hierbey eben so wenig, als bey einem anderen, es auf einen förmlichen Beweis von Seiten der Parteien ankommen lassen, wenn auch etwa hier alles dasjenige mit seinen Wirkungen eintritt, was oben über das Bedürfniß einer Unterstützung durch die Parteien gesagt worden

ist [1]). Es gehört nicht hieher, sondern in einen der folgenden Abschnitte zu erörtern, in wiefern die neuere und jetzige Gerichtsverfassung auf die Entstehung oder Fortdauer jener Theorie der Neueren Einfluß gehabt hat, ferner welche Modificationen in dieser Lehre der Umstand hervorbringe, daß man sich vor dem Richter auf fremdes, d. h. nicht seinem Amtsbezirk (als gemeines oder partikuläres) angehöriges Recht berufen kann. Aber dieß kann schon hier als ein allgemeiner Satz ausgesprochen werden, daß sich kein Zustand denken läßt, der die Forderung eines eigentlichen Beweises des Gewohnheitsrechts rechtfertigte.

Wir wenden uns nun an die römischen Juristen.

Daß diese nicht ausdrücklich sagen, das Gewohnheitsrecht sey nicht Gegenstand eines eigentlichen Beweises, läßt sich erwarten, denn eine solche Aeußerung würde voraussetzen, daß schon zu ihrer Zeit eine Meinung existirt hätte, wegen deren eine besondere Einschärfung des natürlichen und sich von selbst verstehenden nöthig gewesen wäre. Wenigstens aber sehen wir aus den Wen-

---

1) Es ist nicht ungewöhnlich, in Beziehung auf unsere Frage folgende falsche Schlußfolge zu machen: "Eine Kenntniß der Gewohnheit wird von dem Richter nicht verlangt; es ist daher im Läugnungsfall der Beweis nöthig." Denn entweder heißt der erste Satz: es wird von dem Richter nicht verlangt, daß er von der Existenz des Gewohnheitsrechts wisse, dann folgt der zweite Satz ganz und gar nicht daraus; oder er heißt: der Richter soll sich nicht ex officio um die Erkenntniß des G. R. bemühen, dann ist der zweite Satz keine Schlußfolge, sondern nur eine Erklärung; oder endlich er ist so zu verstehen: der Richter braucht von einem G. R. keine Notiz zu nehmen, dann braucht er sich auch nicht an den Beweis zu kehren.

dungen, in welchen sie von der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts sprechen, daß sie an einen Beweis desselben nicht gedacht haben. So giebt Ulpian [2]) dem Richter für den Fall, daß sich eine Partey auf ein solches Recht beriefe, die Weisung, vor allem zu ermitteln, ob nicht schon ein Urtheil darnach gesprochen worden sey, und Callistratus [3]) sagt, bey der Interpretation einer Lex sey auf die Consuetudo zu sehen, und zwar so, daß sich daraus ergiebt, er habe die Ermittelung derselben gerade so wie die Interpretation der Gesetze für ein Geschäft des Richters angesehen. So rescribirt auch Alexander [4]), ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae; und ganz übereinstimmend damit erklären die Divi Fratres [5]): diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in quam judicat, fuerit etc., was denn Justinians Institutionen [6]) ebenfalls anordnen, indem sie in dieser Beziehung zwischen dieser und den anderen Quellen keinen Unterschied machen: inprimis illud observare debet judex, ut aliter non judicet, quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Nun wird zwar in den beiden vorletzten der eben erwähnten Stellen auch das Wort probare von der Consuetudo gebraucht, ohne daß jedoch dabey bemerkt wird, wem oder daß überhaupt jemanden hier eine Probatio obliege. Es ist nicht zu läugnen, daß das Wort für sich ein sehr unbestimmtes ist, daß es in den verschiedensten Beziehungen gebraucht wird, und erst durch seine Umgebung die be-

2) L. 34. h. t.

3) L. 37. h. t.

4) L. 1. inf. C. h. t.

5) L. 3. §. 6. de testib.

6) pr. J. de off. jud.

stimmte Bedeutung erhalten kann. Deshalb ist es auch nicht zu entschuldigen, wenn man diese Stellen bloß um dieses Wortes willen und ohne Beachtung ihres sonstigen bestimmten Inhalts für die Nothwendigkeit eines eigentlichen Beweises anführt, und es läßt sich dieser Fehler, dessen sich z. B. selbst Cujacius [7]) schuldig macht, welcher sich doch gewiß auf die Bedeutung der juristischen Ausdrücke verstand, nur aus der Gewöhnung an diesen Satz erklären, welche keinen Zweifel an dessen Richtigkeit aufkommen ließ. Auch noch dieß soll hier erwähnt werden, daß die Rhetoren, deren Beispiel hier nicht ohne Gewicht ist, weit entfernt waren, die Consuetudo als Factum in dem Sinn der Neueren zu betrachten. In diesem Fall hätten sie von derselben unter der conjecturalis constitutio handeln müssen, sie stellen sie aber ganz rein in die juridicialis [8]). — Mehr aber, als dieß negative, daß nach römischem Recht kein Beweis des Gewohnheitsrechts gefordert wird, wissen wir nach der Beschaffenheit unserer Quellen nicht, namentlich also nichts näheres über die Art und Weise, wie sich der Richter bey der Erforschung desselben, und wie sich die Partey etwa dazu verhielt [9]).

---

7) Observat. XX. 1.

8) S. z. B. Ad Herenn. I. 11 — 14. und II. 13.

9) Etwas näheres über jenen Punkt enthält Nov. 106. deren dahin einschlagender Inhalt im folgenden Kapitel vorkommen wird.

Zehn=

## Zehntes Kapitel.

### Das Gewohnheitsrecht unter den Kaisern [1].

Wenn früherhin die unmittelbare Volksüberzeugung, nachher die Wissenschaft an der Spitze der Rechtsquellen, im eigentlichen Sinne dieses Worts, gestanden war, so kam von der Zeit, wo die wissenschaftliche Ergreifung und Behandlung des Rechts aufhörte, besonders aber von Constantin an, die Gesetzgebung zu einem überwiegenden Einfluß auf die Fortbildung des Rechts. Der Vorgänger der Gesetzgebung, wenn sie das Recht im einzelnen umgestaltete, war aber auch jetzt gewöhnlich eine gemeinsame stillschweigende Ueberzeugung wenigstens von dem Bedürfniß einer Aenderung. Diese Ueberzeugung kann man nicht die Ueberzeugung eines Juristenstandes nennen, denn die Wissenschaft mit ihrem fortbildenden Einfluß auf das Recht war vorübergegangen, man hatte nur noch ihre Resultate, welche als etwas bleibendes, ständiges in den Büchern der alten Rechtsgelehrten niedergelegt waren. Man muß sie also wieder theils in dem Gros der Nation, theils freilich insbesondere der Gebildeten und Rechtskundigen suchen. Allerdings waren die Verhältnisse nicht immer günstig genug, um jenes dunkle Gefühl des Bedürfnisses zu der Kraft einer vollkommenen rechtlichen Ueberzeugung zu steigern, und somit ein wahres Gewohnheitsrecht hervorzubringen. Vielmehr blieb es, wenn wir vom partikulären Rechte abse-

---

1) Ich halte den gewöhnlichen Sprachgebrauch, wornach die Cäsaren schon von August oder Julius an Kaiser genannt werden, für verwerflich, aus Gründen, welche jedem der Geschichte der römischen Verfassung einigermaßen Kundigen bekannt sind. — Aus eben so bekannten Gründen schließe ich dieses Buch mit Justinian, so daß also von seinen Nachfolgern in diesem Kapitel nicht die Rede seyn wird.

hen, gewöhnlich mehr oder weniger bey jenem unbestimmteren Gefühl, welchem dann die Gesetzgebung dadurch zu Hülfe kam, daß sie ihm erst eine juristische Gestalt gab. Dennoch können wir auch die Entstehung eines wirklichen und zwar allgemeineren, nicht bloß partikulären Gewohnheitsrechts in dieser Zeit nicht völlig abläugnen, und auf jeden Fall muß auch jener Anfänge zu Gewohnheitsrechten, wie man sie etwa nennen kann, bey dieser Rechtsquelle gedacht werden.

Diese Bemerkungen werden durch manche einzelne von der Gesetzgebung ausgehende Rechtsänderungen bestätigt, und wir können füglich annehmen, daß jener Gang in der Geschichte einzelner Rechtssätze noch viel öfter vorgekommen ist, als er ausdrücklich bemerkt oder angedeutet wird. So ist den neueren gesetzlichen Bestimmungen über die Testamentsform meistens eine damit übereinstimmende Sitte vorausgegangen [2]), welche nur vielleicht zu schwankend war, oder überhaupt nicht die geeignete Unterstützung fand, um ohne Gesetz sich als Recht geltend zu machen. So gehört höchst wahrscheinlich die Ausbildung des Colonats, der Donatio propter nuptias theilweise einer solchen Sitte an; so mag man ferner, wie irgendwo bemerkt worden ist, schon vor dem Citirgesetz sich regelmäßig auf diejenigen Schriftsteller beschränkt haben, welche darin genannt sind. Das Recht der Dediticii war lange ausser Gebrauch, als Justinian sich bewogen fand, bey Gelegenheit der Auswahl aus den alten Rechtsquellen für seine Gesetzbücher ein Aufhebungsgesetz zu erlassen [3]), und eben dieß mochte großen-

2) § 3. J. de testam. L. 31. C. de testam. Vgl. Erlanger Jahrbücher VI. Bd. S. 3.

3) L. un. C. de dedit. lib. toll. . . . quia nec in usu esse reperimus — Nos enim . . . ea tantum modo volumus in nostris esse legibus, quae re ipsa obtinent.

theils bey dem subtilen Rechte der Latini Juniani der Fall gewesen seyn.

Es wird kein Irrthum seyn, nach dem Charakter jener Zeit und dem Bildungsgang des römischen Rechts überhaupt anzunehmen, daß die Sitte vornämlich negativ, durch Nichtbeobachtung und Aufhebung alter Rechtssätze thätig gewesen ist. In dem partikulären Recht einzelner Orte und Gegenden wurde jedoch sicherlich sehr häufig Recht gefunden, welches lediglich auf Sitte beruhte und in derselben ohne Aufzeichnung sich weiter bildete. Wenn in der vorhergehenden Zeit die alte Nationalität der zum römischen Reich gehörigen Völker durch die Ursachen, welche oben berührt worden sind [4]), nach und nach bis auf einen gewissen Grad verwischt ward, so war dagegen die spätere Kaiserzeit bey dem allmählichen Untergang des römischen Namens recht dazu gemacht, die einzelnen Provinzen zu erneutem Partikularisiren hinzuleiten.

Die Erwähnung des Gewohnheitsrechts in den kaiserlichen Constitutionen ist nicht selten. Der theodosische und der justinianische Constitutionencodex enthalten Titel mit einer Rubrik, wornach man Regeln über die Beurtheilung dieses Rechts zu erwarten hat: quae sit longa consuetudo. Was wir aber in den darunter enthaltenen Constitutionen finden, ist nicht sehr bedeutend. Es blieb im allgemeinen bey dem, was sich oben aus den juristischen Schriften ergeben hat, und daher haben jene Sätze auch alle in den Excerpten der justinianischen Sammlung ihren Sitz.

Die Kaiser sind im allgemeinen dem Gewohnheitsrecht nicht abgeneigt; sie schreiben vielmehr nachdrücklich die Berücksichtigung der antiquitus probata et servata te-

4) S. 71. 72.

naciter consuetudo vor, und geben ihr legis vicem [5]), und Justinian hat sich sogar bewogen gefunden, eine Consuetudo gegen ein von ihm gegebenes Gesetz zu bestätigen [6]), worüber er freilich in einem späteren aufhebenden Gesetz sich sehr bedenklich äußert [7]). Jene Nov. 106. hat aber noch dadurch ein besonderes Interesse, weil sie eine Art angiebt, wie sich der Richter in Stand setzen kann, über die Existenz eines behaupteten Gewohnheitsrechts zu urtheilen. Der Staatsbeamte, welchem die Erforschung desselben aufgetragen war, verfuhr nämlich, wie das Gesetz beistimmend erzählt, so, daß er sachverständige und glaubwürdige Männer zusammenrief, und deren eidliche Aussage über die unter ihnen gehende rechtliche Ueberzeugung und Sitte vernahm. — Bemerkenswerth ist ferner die ausdrückliche Festsetzung, daß die Consuetudo nicht dem Staatsinteresse zuwider seyn dürfe, wenn sie auf Aufrechthaltung Anspruch machen wolle [8]), was denn mit andern Worten auch Justinian in der Novelle 134. c. 1. ausspricht.

Die wichtigste aller kaiserlicher Verordnungen über diesen Punkt, und überhaupt eine sehr merkwürdige Er-

5) L. 3. C. h. t. (Leo et Anthem.) Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet, et quod officiis, curiis . . . . . praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.

6) Nov. 106.

7) Nov. 110.

8) L. un. C. Th. h. t. — Wenn an andern Orten einzelne Rechtsgewohnheiten gemißbilligt werden, so geschieht dieß nicht so, daß dieß eine Zurücksetzung des Gewohnheitsrechts als solchen wäre, sondern aus Gründen, welche eben so auch andere Rechtsquellen treffen können. So erklärt L. 1. C. ne fidejuss. den Rechtssatz für ungültig, wornach der Ehemann für die Dos Bürgen stellen solle, er möge ex jure oder ex consuetudine (S. oben S. 66. Note 11.) sich herschreiben.

scheinung wäre ein Gesetz Constantin's, welches uns im justinianischen Codex überliefert ist [9]), wenn es den Sinn hätte, welchen man auf den ersten Blick darin finden könnte, nämlich, daß Gesetze niemals durch Gewohnheitsrecht sollten aufgehoben werden können. Es ist die berüchtigte Constitution:

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Die meisten Erklärer stimmen darin überein, daß dieselbe jenen Sinn nicht habe, aus verschiedenen Gründen. In der That kann wenigstens Justinian diese Aeußerung nicht also verstanden haben, da er in seinen Verordnungen häufig einzelne abrogirende Gewohnheiten unbedenklich als vollkommen wirksam anführt, und selbst diejenigen Fälle, wo gewisse gemißbilligt und gegen die Gesetze ausser Kraft gesetzt werden, voraussetzen, daß im allgemeinen die Aufhebung eines Gesetzes durch eine contraria consuetudo keine Unmöglichkeit sey, um der ausserdem offenbaren Zwecklosigkeit der L. 32. inf. de legib. zu geschweigen, in welcher noch dazu eine nach dem obigen wahrscheinliche Interpolation jeden Gedanken an eine Nachläßigkeit der Compilatoren ausschließt. Welches nun aber der Sinn des Gesetzes sey, das ist sehr zweifelhaft und gehört bekanntlich zu den bestrittensten Fragen.

Ich will keinen Versuch machen, die verschiedenen Erklärungen aufzuzählen und einzeln zu würdigen; diejenigen, welche von praktischem Einfluß sind, werden weiter unten erwähnt werden. Man kann bey der Erklärung von der Voraussetzung ausgehen, daß diese jetzt allgemeiner lautende Stelle in ihrer ursprünglichen Gestalt Zusätze hatte, aus welchem ihr z. B. auf gewisse Gewohnheiten oder gewisse Gesetze beschränkter Sinn her-

---

9) L. 2. C. h. t.

vorgieng, und allerdings ist wenigstens dieß sehr wahrscheinlich, daß das Gesetz, wie es von Constantin erlassen ward, nicht so kurz war, als unsere L. 2. C. h. t. Damit würde man aber die Interpretation in das Gebiet der bloßen Möglichkeit hinüberspielen; denn sobald man den Sinn nicht aus den Worten selbst zu entnehmen sucht, so ist auch, nach der jetzigen Lage der Sache, jeder Erklärungsversuch müssig, und man könnte und müßte sich bey dem negativen Resultat beruhigen, daß dem Gewohnheitsrecht durch diese Stelle die derogatorische Kraft nicht genommen, das Wesen desselben auch an sich nicht geschwächt und verändert worden sey, da bestimmte Gründe des Zurückstehens gegen andere bey allen Rechtsquellen eintreten können. Aber die Stelle steht nun einmal so wie sie ist, im Corpus juris, und es ist fast undenkbar, daß sie nur durch etwas von Außen hinzugedachtes sollte zu erklären seyn, das nicht in den Worten selbst läge; da hier nicht ein Gesetzgeber, was wohl vorkommen mag, sich völlig unverständlich ausgedrückt, sondern Compilatoren das einzige Mittel des Verständnisses weggeschnitten, also fast absichtlich die Undeutlichkeit hervorgebracht hätten. Deshalb muß eine Erklärung aus der Stelle selbst gesucht werden, und ich will versuchen, eine solche zu geben.

Zunächst ist zu beachten, daß in der Stelle nur von consuetudo und usus, also von jener äußeren Erscheinung gesprochen wird, welche das Organ, die Erscheinung eines Rechtssatzes, eines Gewohnheitsrechts seyn kann, aber nicht nothwendig ist [10]. Dieser usus ist die Erkenntnißquelle dieses Rechts, und insofern wird

10) Auch hier ist es diese Unterscheidung des Gewohnheitsrechts und der Consuetudo, welche die Grundbedingung für das Verständniß der Stelle ist; wie sie überhaupt in dieser ganzen Lehre schon bisher für die richtige Auffassung unserer Quellen sich als entscheidend erwiesen hat.

ihm auctoritas zugeschrieben. Aber er muß gewisse Bedingungen erfüllen, wenn dieß der Fall seyn soll. Dergleichen haben wir nach der Theorie der römischen Juristen zwey kennen gelernt. Die erste ist: er muß ein longaevus usus, eine longa etc. consuetudo seyn; diese wird in unserer Stelle durch den Zusatz longaevi vorausgesetzt. Die zweite Bedingung, die daraus hervorgeht, daß die Uebung nur insofern Bedeutung hat, als sie die Uebung einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung, eines Rechtssatzes ist, ist die: es darf kein Grund vorhanden seyn, durch welchen die Möglichkeit einer solchen gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ausgeschlossen wird. Dafür ist oben L. 39. de legib. angeführt worden, wo der Mangel der ratio d. h. das Vorhandenseyn eines error die Annahme eines Gewohnheitsrechts ausschloß. Es würde uns an sich nichts hindern, ratio in unserer Stelle in demselben Sinne zu nehmen, so daß also dieser Theil derselben eine Wiederholung jenes speciellen Satzes wäre. Aber wir können ratio hier auch allgemeiner verstehen, und dieser allgemeinere Sinn ist hier, wo das Wort nicht durch einen Zusatz oder Gegensatz specieller erklärt wird, vorzuziehen. Hiernach heißt ratio soviel als ratio juris, rechtlicher Grund [11]), also das Recht als Grund von etwas betrachtet. Eine Consuetudo also contra juris rationem ist überhaupt die Uebung eines Satzes, der kein Rechtssatz seyn kann, also eine Consuetudo, welcher die zweite Bedingung fehlt. Ein Beispiel gäbe etwa die lange Anwendung des Satzes, daß das Gewohnheitsrecht wie ein Factum bewiesen werden müsse. So lange das Gewohnheitsrecht wirklich Recht ist, kann es nicht Rechtssatz seyn, daß es als Factum in jenem processualischen Sinne behandelt werde,

---

11) s. z. B. die Stellen bey Brissonius zu dem Ausdruck contra rationem juris.

weil dieß ein Widerspruch wäre. Jene Consuetudo wäre also contra rationem juris d. h. sie wäre eine Consuetudo ohne einen zu Grunde liegenden Rechtssatz, also ohne Wirkung. Dieß wird nun in unserer Stelle so bezeichnet: die äußere Erscheinung ist freilich wesentlich, aber sie überwiegt nicht das innere Moment. Der Zusatz aut legem erklärt sich hiernach von selbst; da nemlich ratio so viel ist als ratio juris, so heißt rationem aut legem so viel als rationem juris aut legis. Der Grund, warum nämlich von einem Gewohnheits recht in einem gewissen Fall nicht die Rede seyn kann, kann insbesondere auch eine gesetzliche Vorschrift seyn, z. B. eine partikuläre Gewohnheit gegen den gesetzlichen Zinsfuß wäre contra rationem legis. — Mithin enthält meiner Ueberzeugung nach, diese Stelle nichts als eine compendiarische Zusammenfassung der ganzen römischen Theorie des Gewohnheitsrechts, und auch insofern mag ihre erklärende Umschreibung passend dieses erste Buch beschließen:

Die fortwährende, lange Anwendung hat allerdings keinen geringen Einfluß auf die Erkenntniß des Rechts, nur hat sie diesen Einfluß nicht schlechthin an und für sich, sondern in Verbindung mit dem inneren Moment, das ihr zu Grunde liegt, und die Hauptsache ist. Es ist also nicht genug, daß eine lange Uebung eines Satzes vorhanden sey, consuetudo ususque longaevus, sondern dieser Satz muß auch eine gemeinsame rechtliche Ueberzeugung, ein Rechtssatz, also namentlich die Existenz eines solchen in einem gegebenen Fall nicht juristisch oder gesetzlich unmöglich, nicht contra rationem juris aut legis, oder contra rationem aut legem seyn. Denn das äußere Moment ersetzt das innere nicht, hebt es nicht auf; usus non vincit rationem aut legem.

# Zweites Buch.

## Die allgemeinen Lehren.

# Zweites Buch.

## Die allgemeinen Lehren.

## Erstes Kapitel.

### Einleitung.

Mit diesem zweiten Buch soll die Theorie des Gewohnheitsrechts beginnen, wie sie das Resultat der neueren Zeit ist. Die Beziehung auf die Gegenwart ist es also, was das folgende von den Untersuchungen des ersten Buchs unterscheidet, bey welchen es zunächst lediglich um die römischen Ansichten zu thun war. Es ist ein weites Feld, was mit diesem Schritt in die neuere Zeit sich aufthut. Die Empfindung dessen, welcher über einen Punkt im Alterthum geforscht hat, und nun diesen Gegenstand in die moderne Welt herein verfolgen will, erinnert an die Lage eines Menschen, der bisher in einem begränzten Thale sich befand, dessen Krümmungen zwar hie und da verborgen, aber von einem gewissen Standpunkt aus zu erschauen sind oder schon ohne besondere künstliche Hülfsmittel berechnet werden können, und welcher nun eine Hochebene betritt, deren Horizont unbegränzt und deren Fläche von unsichtbaren Thälern mannigfaltig durchschnitten ist, so daß kein irdischer Standpunkt aufgefunden werden kann, von welchem aus alle Gegenden vor Augen lägen; wo vielmehr je höher man, ohne die Erde zu verlassen, steigt, die Schwierigkeit der Erfassung mit dem Gegenstande selbst sich vergrößert.

Die Untersuchung der neueren Geschichte, im Gegensatze zu der alten, und die Aufstellung eines Re-

sultats für die Gegenwart, eines Systems, hat eine in der Sache selbst liegende Schwierigkeit. Während nämlich das Alterthum, also die alte Welt im Gegensatz zu der neuen, etwas abgeschlossenes ist, und darin somit die Möglichkeit liegt, daß sich jemand desselben, als solchen, und seines Inhalts ganz bemächtige, so ist dieß ganz anders für die neuere Zeit, in deren Mitte wir uns selbst noch befinden. Wenn wir selbst auf unsere Vergangenheit z. B. auf das Mittelalter zurücksehen, so ist dieß eine Vergangenheit, welche in keiner Rücksicht als eine schon beschlossene angesehen werden kann. Man könnte sagen, dasjenige, was die rückwärts schauende Seite des Mittelalters ausmacht, theile bis auf einen gewissen Grad jenen theoretischen Vorzug des Alterthums, nicht aber die vorwärts auf unsere nähere Vergangenheit, unsere Gegenwart und Zukunft gerichtete, und darin erst ihre Vollendung suchende Seite. Deshalb muß jede Untersuchung, welche die neuere Zeit, und zwar nicht bloß eine solche, welche die unmittelbare Gegenwart zum Gegenstand hat, in einem viel höheren Sinne als vermöge der Unvollkommenheit eines jeden Menschenwerks unvollendet seyn, und einem jüdischen Hause gleichen, an welchem ein Theil zum Zeichen künftiger Erfüllung von Weissagungen, unausgebaut bleibt. Ich verkenne aber über dieser Betrachtung nicht die zweite, subjective Schwierigkeit, welche nämlich die mir gesetzte Aufgabe für mich und das Maß meiner Kräfte hat. Hätte ich in dieser Beziehung ängstlich seyn wollen, so hätte ich bey demjenigen stehen bleiben können, was das erste Buch enthält; aber ich halte dafür, daß, wenn auch Wagen nicht immer gewinnt, ein Gewinn doch noch weit weniger von allzufurchtsamer Bedenklichkeit zu hoffen steht.

---

Wer den Rechtszustand im älteren Deutschland mit der Art und Weise, wie die deutschen Juristen großentheils das Wesen des Gewohnheitsrechts auffassen, vergleicht, der muß auf den ersten Blick erstaunen über die Möglichkeit, daß die Deutschen aus einer so vorzüglichen praktischen Verfassung dieser Rechtsquelle in eine dem Wesen derselben so unangemessene Theorie übergehen konnten. Und doch darf nicht in späteren widrigen Ereignissen allein oder vorzugsweise der Grund dieser Erscheinung gesucht werden; vielmehr liegt in dem älteren Stand der Dinge selbst schon der Keim der neueren Ansicht. Im allgemeinen läßt sich dieß mit der bekannten Bemerkung aussprechen, daß der Deutsche allem andern eher sich zugewendet hat, als dem gemeinsamen und nationalen, daß er jede andere Verbindung eher aufgefaßt und ausgebildet hat als die nationale, daß er jeder Thätigkeit sich eher zugewendet hat als einer nationalen. Ja als man in der neuesten Zeit angefangen hatte, mehr das volksmäßige zu bedenken oder wenigstens davon zu sprechen, ist dieß nicht vielfach so verkehrt, so übertrieben, so ungeschickt geschehen, daß man verständigen Leuten die Sache eher lächerlich gemacht, als ihr wirklich Vorschub gethan hat?

Jeder Freie war nach der ältesten Verfassung so sehr sein eigener Herr, daß Tacitus nur geringe Spuren einer öffentlichen Gewalt unter den Deutschen entdecken konnte. Er stand in einer Genossenschaft, in einer Gemeinde, aber sein Verhältniß zu derselben war nur ein solches, wie wir es etwa jetzt bey Staaten erblicken, welche in ein Bündniß mit einander getreten sind. Der Uebelthäter war kein Verbrecher, sondern ein Feind des Verletzten und derjenigen, welche es übernommen hatten, diesen zu schützen [1]). So gewiß aber in diesen Sätzen

---

1) Rogge über das Gerichtswesen der Germanen Kap. 1.

die Grundseite unseres ältesten gesellschaftlichen Zustandes ausgesprochen ist, so wäre doch, wenn sie ohne Beschränkung wahr wären, damit die Existenz eines germanischen Volks selbst geläugnet, welches sich vielmehr in lauter einzelne, für sich stehende oder in ganz willkührlichen und zufälligen Verbindungen lebende Individuen auflösen würde. Aber diese standen wirklich in einer inneren nationellen Verbindung, und auch eine bestehende Verfassung muß anerkannt werden, wenn dieselbe gleich die unvollkommenste Gestalt hatte, und eine geordnete Staatsgewalt nur in sehr geringen Anfängen hervortrat. Wirksam wurde nun diese Volksqualität namentlich in der Gemeinsamkeit einer rechtlichen Ueberzeugung, nur daß die Realisirung dieses Rechts nicht durch eine vollkommene und als solche auftretende öffentliche Gewalt geschah, welcher vielmehr eben jener rohe, ungeistige Charakter der germanischen Freiheit widersprach. Statt jener waren Gemeinden, in welche die Freien zusammentraten, und die innerlich allerdings volksmäßige Vereinigungen, Volksgemeinden waren, eine natürliche Uebereinstimmung der Sinnesart und der Ueberzeugung voraussetzten, und durch dieselbe eigentlich hervorgebracht wurden, äußerlich aber, indem sie nicht durch eine öffentliche Gewalt, sondern durch den Willen der Einzelnen zusammengehalten wurden, als willkührliche Verbindungen, in welchen keiner seine natürliche Freiheit aufgebe, erschienen.

Eine Hauptthätigkeit dieser Gemeinden bestand darin, daß sie Gerichte waren. Die Rechtssätze, welche in diesen Gerichten zur Anwendung kamen, hatten eine doppelte Quelle. Sie waren theils in der durch die Sinnesverwandtschaft gemeinsam erzeugten, stillschweigenden Ueberzeugung der Glieder begründet, also das, was wir Gewohnheitsrecht nennen; theils ausdrücklich durch Zustimmung Aller festgesetztes, gewillkührtes Recht, vertrags-

mäßig entstanden. Ein gesetzliches Recht gab es nicht, das letztere vertrat seine Stelle. Das Recht war nicht aufgezeichnet, aber es war durch die Einrichtung seines Organs, der Gerichte, vollkommen gesichert. Es mögen nämlich alle Glieder der Gemeinde oder einzelne erwählte unter der Controle der übrigen die Urtheilsfinder gewesen seyn, und wahrscheinlich ist beides vorgekommen, zum wenigsten so, daß ersteres die frühere, letzteres die spätere Einrichtung (nämlich schon vor Carl dem Großen) war, so war in jedem Fall dafür gesorgt, daß das Recht ohne an einen Buchstaben gefesselt zu seyn, gewiß und sicher bestand.

Ehe noch von einer Staats- und Kirchengesetzgebung in Deutschland die Rede war, gab es drey Rechtstheile, welche durch die besonderen dafür bestehenden Gerichte streng geschieden waren. Von dem Volksrecht und den Volksgerichten gilt das oben über den Zustand der Rechtsquellen gesagte insbesondere; aber es gilt auch von dem Markrecht, welches in den Markgenossenschaften über die Markverhältnisse eben so aus Gewohnheitsrecht und Willkühren bestand. Der dritte Rechtstheil, das Hofrecht wich insofern davon ab, als es sich ursprünglich lediglich aus einer Verleihung des Herrn herschrieb, und in stillschweigender oder ausdrücklicher Uebereinkunft sich fortbildete. Aber auch dieses Recht, das vor dem Hofgericht zur Anwendung kam, war doch eigentlich nicht weniger größtentheils wahres Gewohnheitsrecht, nicht allein soweit es die Verhältnisse der Hörigen eines Herrn unter einander, sondern auch dasjenige, welches das Verhältniß dieser zu dem Herrn bestimmte. Denn es bildete sich ohne Zweifel eine Volksüberzeugung über das Wesen dieses Verhältnisses, aus welcher die einzelnen Verleihungen hervorgiengen, so daß die Modalitäten derselben zwar von der Willkühr des Verleihers abhiengen, aber doch

eigentlich jene gemeinsame Ueberzeugung zur Quelle hatten, und darum auch eine in die Augen fallende Uebereinstimmung mit einander erhielten.

Wenn wir nun wieder auf die Freiheit des Einzelnen zurücksehen, so äußerte sich dieselbe in Beziehung auf das Recht, nach welchem er beurtheilt ward, darin, daß es kein Recht für ihn gab, welches nicht von ihm selbst ausgegangen wäre. So keine Willkühre, zu der er nicht bey ihrer Entstehung oder durch seinen Eintritt in die Gemeinde seine Zustimmung ertheilt hatte, und in Beziehung auf das sonstige Recht äußerte sich jene Freiheit dadurch, daß er nur von solchen, welche durch das Band der gemeinsamen Sinnesart mit ihm verbunden waren, nur von seinen Genossen gerichtet werden konnte. Was nun aber die Execution der Sentenz anlangt, so hatte nach der Ansicht, welche der ältesten Verfassung zu Grunde liegt, auch das Gericht keine reine öffentliche Gewalt; der Zwang, der von ihm ausgieng, hatte ursprünglich mehr die Natur einer Privatgewalt, welcher der Gezwungene nur als der überwiegenden, also gewissermaßen wie der eines andern Stärkeren unterworfen war. Der Einzelne stand nur unter Einer legitimen Gewalt: der Macht der öffentlichen Ueberzeugung.

Einen so rohen Zustand können wir uns bey allen Völkern in der Kindheit der Welt denken, ohne daß nach der Umwälzung und Läuterung einer langen Zeit für die Stufe der Civilisation noch bedeutende Spuren desselben als ein der gesellschaftlichen Ordnung widerstrebendes Element übrig blieben. In Deutschland aber finden wir diesen Zustand in einer weit vorgerückten Zeit, in der unmittelbaren Nähe von Ländern, die einer langhergebrachten geordneten Verfassung genoßen, in der Nachbarschaft eines wirklichen Staates. Als nun nach enge-

rer

rer Berührung mit diesen Ländern auch in Deutschland eine geordnete Verfassung, eine öffentliche Gewalt sich entwickelte, und der alte Zustand in den neuen nicht allmählich, sondern beziehungsweise mit mächtiger Schnelle übergieng, da konnte jener, welchem nicht Zeit gelassen ward, sich nach und nach zu verschleifen, nicht ohne einen bedeutenden reagirenden Einfluß auf die neue Ordnung der Dinge bleiben. Jene natürliche Freiheit trat in einen Kampf mit der öffentlichen Gewalt, die neue Verfassung erwies sich als ein Gewebe von Unterdrückungen, privilegienartigen Befreiungen und partikulären Herrschaften; ein Staatsleben, worin jeder sich als bedingtes und bedingendes Glied des Ganzen fühlt, konnte sich nicht erzeugen. Wir werden weiter unten Gelegenheit finden, die Erscheinung, welche hier angedeutet worden ist, in ihrem mehr oder minder sichtbaren Einfluß auf einzelne Begebenheiten und Ansichten auch in der gegenwärtigen Lehre nachzuweisen.

Durch die Gewalt der fränkischen Könige wurde die Freiheit des Einzelnen in Beziehung auf das Recht, wovon hier allein die Rede ist, unmittelbar nicht beschränkt, wenn man von dem Einfluß einer nunmehr vorhandenen wirklichen executiven Gewalt, der aber im ganzen theils unbedeutend war, theils nicht immer durchgesetzt wurde, absehen will. Der Freie lebte noch immer nach dem Rechte, das er selbst gesetzt hatte, und wenn die Capitularien, welche der König mit seinem weltlichen und geistlichen Adel erließ, Gegenstände des Volksrechts betrafen, so konnten sie, ohne von den Volksgemeinden angenommen zu seyn, nicht zur Anwendung kommen. Die Vorsteher der Volksgerichte waren allerdings königliche Beamte, aber die Urtheilsfinder selbst wurden aus den Genossen der Parteien genommen. Die Aufzeichnungen der Volksrechte waren, wenigstens bey den meisten

deutschen Völkern, nichts als Verzeichnungen eines kleinen Theils des bisherigen Rechts, und unterwarfen die Völker keineswegs einem ihnen irgend fremden Rechte, waren auch vielleicht großentheils mehr dafür da, daß jemand unter einem fremden Stamm nach seinem Recht gerichtet werden konnte, als zur Unterstützung der Urtheilsfinder in dem eigenen Volk, welche derselben wohl nicht bedurften. In wie weit hier bey den Bajuvariern und Alemannen eine Ausnahme war [2]), ist nicht entschieden. Bey den ersteren mochte vielleicht, wie bey den Longobarden, die Macht des Königs oder Herzogs sich früher entwickelt und vergrößert haben, als bey den fränkischen Völkern.

Die erste Erfahrung in der Unterwerfung unter ein Recht, an dessen Entstehung sie keinen Theil hatten, machten die Deutschen in den geistlichen Gerichten, deren Wirkungskreis bald über das unmittelbar geistliche hinausgieng, und welche nach einem nicht nationalen, dem auf das römische gegründeten canonischen Recht sprachen. Es wurde hier nicht von Genossen der Parteien nach guter Sitte und Herkommen das Urtheil gefunden, sondern von dem Richter gerichtet, der jenes Rechts gelehrt war. In den canonischen Rechtsquellen zeigt sich auch die erste Opposition gegen das Gewohnheitsrecht, welches der Anwendung des canonischen so oft widerstreben mußte. Im übrigen aber blieb das Recht wie früher, nur daß nach und nach bey den Gerichten manches aufgezeichnet und auch wohl anderen als Rechtsbelehrung mitgetheilt ward, woraus man indessen nicht so schlechterdings schließen darf, daß schon damals in gewissen Punkten die unmittelbare Volksüberzeugung nicht mehr so lebendig und sicher war, wiewohl es allerdings auf den

2) Rogge a. a. O. §. 14.

Anfang eines mannigfaltigeren Wachsthums hinweist, der späterhin diese Folge haben konnte.

Durch das Aufhören der alten Gauverfassung, durch die Veränderung im Heerdienste, durch den immer weiter sich ausbreitenden Lehensnexus und endlich durch die Entstehung der Landeshoheit kam die Hauptmasse des Volks aus dem lebendigen Zusammenhang mit den öffentlichen Verhältnissen, nicht allein des ganzen Reichs, sondern auch der einzelnen Territorien heraus. Jedermann stand nur in Dienst- oder Corporationsverhältnissen, sey es als Glied des Herrenstands, oder als Ritter, oder als Bauer und Bevogteter, oder als städtischer Bürger, und wenn man davon spricht, daß die Städte zur Erhaltung der Freiheit gewirkt hätten, so war diese doch immer nur eine negative, welche nur die Nichtunterwerfung unter ein Dienst- oder Schutzverhältniß mit der alten Freiheit gemein hatte [3]. Aber zu einer rechten bürgerlichen Freiheit, worin der Einzelne in und mit dem Ganzen frey ist, indem er sich eins mit demselben fühlt, konnte sich jene deutsche Ungebundenheit unter den oben bemerkten Umständen damals nicht entwickeln. "Die Nation löste sich", denn es kann dieser Zustand nicht besser und bestimmter als mit den Worten Eichhorn's bezeichnet werden, "in eine Menge größerer und kleinerer Gesellschaften auf," das heißt, der innere nationelle Zusammen-

3) Die wahre germanische Freiheit hat sich allerdings in Deutschland, und bis auf den heutigen Tag erhalten, aber bey ganz anderen Personen, als bey jenen städtischen Bürgern. Die deutschen Landesherrn nämlich sind es, welche die Classe der Freien in dem alten Sinne bilden. Die alte deutsche Freiheit ist daher niemals erloschen, nur die Zahl der Personen, denen sie zukam, hat sich immer mehr verringert.

hang wurde freilich nicht zerstört, aber er trat äußerlich in manchen Beziehungen gar nicht, in anderen nur in sehr kümmerlicher Gestalt hervor. Der Kaiser blieb allerdings der sichtbare Mittelpunkt in dieser neuen Welt, aber ein so wenig activ thätiger, daß er nur als der Gegensatz da zu seyn schien, an welchem sich das Streben, sich in sich zurückzuziehen und zu partikularisiren, immer wieder stärken und erneuern konnte.

Eben so wie das Volk, finden wir vor dem Eingang des römischen Gesetzbuchs das deutsche Recht. Die Gerichte waren größtentheils landesherrliche, oder wurden es wenigstens um jene Zeit. Das Recht, welches in diesen zur Anwendung kam, größtentheils Gewohnheitsrecht, aufrecht erhalten durch die aus den alten Zeiten noch beibehaltene Gerichtsverfassung, war freilich in seinen bedeutendsten Theilen wirkliches gemeines Recht, welches man als in der Ueberzeugung des gesammten deutschen Volks begründet ansehen konnte; aber in seiner Aeußerung, das heißt, weil es eben nur in den Erkenntnissen oder Weisthümern dieses und jenes Gerichts, nicht in einer allgemeinen Form, wissenschaftlichen Arbeiten oder Reichsgesetzen hervortrat, erschien es als ein bloß partikuläres. Dasselbe gilt von den städtischen Gerichten, wo dergleichen existirten. Nur bey den kaiserlichen Gerichten war es anders; das Recht, das in diesen gesprochen ward, also das kaiserliche Recht erschien auch äußerlich als gemeines Recht. So lange also in diesen Gerichten noch nach guter Gewohnheit und Herkommen gerichtet wurde, war noch immer eine Stütze für das gemeine deutsche Recht vorhanden.

An diesen Zustand nun werden sich die geschichtlichen Bemerkungen besonders im dritten Kapitel dieses Buchs anknüpfen.

# Zweites Kapitel.

## Begriff des Gewohnheitsrechts.

**Usus non vincit rationem.**

---

### 1. Entstehung des Rechts überhaupt.

In den heiligen Schriften ist die erste Entwickelung des Menschengeschlechts folgendermaßen angegeben. Es war am Anfang ein Mensch, der ursprünglich erschaffene, nachher zwey, Mann und Weib, und die von ihnen Erzeugten. Sie waren aber nicht als bloß Einzelne neben einander, sondern ihr Verhältniß zu einander war ein sehr bestimmtes, sie bildeten eine Familie. Diese Familie erweiterte sich, die Verwandtschaft vieler Glieder wurde entfernter, und so konnten mehrere abgesonderte Familien der näher unter sich als mit den übrigen Stammsgenossen Verwandten unterschieden werden. Dadurch aber hörte das Ganze auf, selbst eine Familie zu seyn, die Familienverwandtschaft wurde zu der weiteren Stammsverwandtschaft, und es wurde daraus ein Volk. Dieses hatte hinwiederum das Schicksal der Familie, es zerschlug sich in mehrere Stämme, welche dann selbst wieder Völker neben oder eigentlich an der Stelle des ersten wurden. Dieses Fortschreiten ist etwas so natürliches, daß es auch den dunkleren Sagen der Heidenwelt vollkommen entspricht. Auch würde das Resultat für unsern nächsten Zweck nicht wesentlich verschieden ausfallen, wenn man mehrere Urmenschen in den verschiedenen Theilen der Erde annähme; ich halte dieß aber für eine Thorheit. Jenes wesentliche an diesem Entwickelungsgang ist dieses, daß wir keine Stufe finden, wo mehrere Menschen als einzelne neben einander existirt hätten, ohne etwas anderes als eben einzelne zu seyn, welche dann etwa erst durch freien Entschluß oder durch

die bloße Gewalt des Stärkeren in eine Verbindung mit einander gekommen wären. Und in der That läßt sich ein solcher Zustand weder für die erste noch für die spätere Zeit denken. Denn wollte man sich ein Zusammenkommen mehrerer sich fremder Personen, etwa auf einer wüsten Insel oder dergleichen vorstellen, so würden diese Einzelnen für ihre Personen, wenn sie nicht Autochthonen wären, doch einer Familie, einem Volk durch Abstammung angehören, und sonach nicht bloße auch geistig isolirte Individuen seyn.

Dieß ist der schadhafte Punkt der Ansicht, welche das Recht an die bloße Coexistenz mehrerer Menschen anknüpft, ohne daß sie dieser Coexistenz eine natürliche Bestimmung, einen inneren Einfluß auf die Einzelnen selbst verleiht. Durch eine so leere Unterlage, aus welcher man alles wirkliche über Bord geworfen hat, kann nämlich nur ein Recht gefunden werden, welches eben so inhaltslos ist, und welchem man nur durch die offenbarste Willkühr einen, eben deshalb nur zufälligen und auf beliebige Suppositionen gegründeten Inhalt geben kann. Zwischen diesem Begriff des Rechts und der wirklichen Existenz desselben ist eine große Kluft befestiget, welche auszufüllen noch keinem auf diesen Anfang gebauten Systeme gelungen ist.

Der Begriff des Volks hat die natürliche Grundlage der gemeinsamen Abstammung. Diese bringt nicht allein eine leibliche, sondern auch eine geistige Verwandtschaft hervor. Daraus, daß das Volk in diesem eigentlichen Sinne des Worts ein natürliches Ganzes ist, folgt, daß es nicht auf künstlichem Wege und nicht durch freien Entschluß und Willen entstehen kann. Aber die Verwandtschaft für sich bringt noch kein Volk hervor, sonst könnte es nur Ein Volk geben. Die Gränze seines Be-

griffs gegen die Familie ergiebt sich theils aus dem obigen, theils gehört sie nicht hieher, da der Begriff der Familie nicht der Gegenstand unserer Untersuchung ist. Die Abgränzung eines Volks aber gegen andere Völker wird begonnen durch die körperliche Absonderung im Raume, indem dadurch die Möglichkeit einer eigenthümlichen Entwickelung und Ausbildung gegeben ist. So befestigt sich weiterhin die innere Verbindung dieses Stammes, indem die Verwandtschaft mit den nunmehr Auswärtigen abnimmt, und gegen jene nähere immer mehr zurücktritt; und den Gliedern des Stammes wird durch die ihnen inwohnende, nimmer ruhende Entwickelungskraft eine eigenthümliche natürliche Einheit und Verwandtschaft in leiblichen und geistigen Dingen. Dann aber tritt zu diesem natürlichen noch ein anderes Band. Dieß ist die Verfassung, welche das Volk zur bürgerlichen Gesellschaft, zum Staate macht, und dadurch über den Charakter einer bloß natürlichen Vereinigung erhebt. Staaten sind keine natürliche Verbindungen, wie Familien und Völker, sondern ein Produkt des menschlichen Willens, darum giebt und gab es Staaten, deren Glieder keineswegs alle in einer natürlichen, in der Volksverbindung mit einander stehen. Dennoch aber haben die Staaten die nationelle Verbindung zu ihrem mittelbaren Grunde, und es läßt sich daher kein Staat denken, von dessen Bürgern jeder einer anderen Nation angehörte. In der Geschichte finden wir, daß ursprünglich die Staaten zugleich Völker oder Völkerstämme waren; später giengen sie mehr oder weniger über diese Beschränkung hinaus, immer aber wird ein Nationalcharakter auch in einem Staate der Thätigkeit desselben vorzugsweise zu Grunde liegen. Es ist gesagt worden, die nationelle Verbindung sey der mittelbare Grund des Staats; ich verstehe darunter folgendes. Der Staat entsteht durch den Willen, die Verfassung nämlich ist der allgemeine Wille über diejeni-

gen Gegenstände, welche das Wesen des Staats ausmachen. Dieser allgemeine Wille kann aber unmittelbar und ursprünglich keine andere Quelle haben, als eine natürliche Uebereinstimmung, ein anderer Grund als dieser natürliche, also etwa Reflexion, würde nicht ein erster seyn; und diese natürliche Uebereinstimmung des Willens ist eben diejenige, welche unter den Gliedern eines Volks vermöge der ihnen deshalb zukommenden geistigen Verwandtschaft besteht. Der Staat also ist allerdings selbst etwas unmittelbar durch den Willen hervorgerufenes, aber dieser Wille, und somit mittelbar der Staat selbst, wurzelt in der natürlichen, nationellen Verbindung.

Für die richtige Auffassung des Begriffs vom Volke ist es vor allem nothwendig, von einer Bedeutung des Worts abzusehen, welche von der hier zur Sprache kommenden ganz und gar verschieden ist. Man bezeichnet nämlich mit jenem Ausdruck auch ein Glied der Verfassung selbst, nämlich den Inbegriff der Regierten gegenüber der Regierung und den Personen, welchen dieselbe zusteht. Diese Bedeutung also hat das Wort, wenn z. B. von dem Antheil des Volks an der gesetzgebenden Gewalt die Rede ist. Dieß Volk nun ist keineswegs jenes natürliche Ganze, von welchem wir in der gegenwärtigen Untersuchung sprechen, das wir als das natürliche Fundament des Staates erkennen, und welches, sofern der Staat überhaupt Ein Volk enthält, Regierer und Regierte umfaßt [1]. Nichts hat in politischen Discussio-

---

1) In patriarchalischen, nach dem Typus der Familie ausgeprägten Staaten ist der Fürst Vater und Herr der Unterthanen, in andern wäre jener Ausdruck, allgemein angewendet und abgesehen von besondern Verhältnissen, nur eine poetische Floskel. Ich erinnere hier an die Analogie des göttlichen Reiches auf Erden, des alten und des neuen Is-

nen mehr Verwirrung angerichtet, als die Vermengung dieser beiden Bedeutungen jenes Worts. Auf der einen Seite hat man dasjenige, was von dem Volk im natürlichen Sinn mit Wahrheit, oder wenigstens mit Schein behauptet werden kann, auf das Volk in jener politischen Bedeutung übergetragen, und z. B. von diesem gesagt, es sey das Fundament der Staaten; so ist man zur Lehre von der Uebertragung der öffentlichen Gewalt, überhaupt der vertragsmäßigen Entstehung der Staaten, auf die Lehre von der Volkssouveränetät und auf ähnliche Verkehrtheiten gekommen. Auf der anderen Seite hat man es auch nicht daran fehlen lassen, das was von dem Volk in der zweiten Bedeutung gelten könnte, auf das natürliche Ganze und seine Thätigkeiten anzuwenden. Davon liegt ein Beispiel ganz nahe. Denn gerade das Gewohnheitsrecht hat man als ein von den Unterthanen ausgehendes Recht betrachtet, ein Irrthum, der für sich allein schon fähig ist, die ganze Theorie unserer Rechtsquelle auf den Kopf zu stellen. — Das Volk also, von dem hier gesprochen wird, ist ein natürliches, also auf natürlichen Verhältnissen, nämlich auf leiblicher und geistiger Verwandtschaft, Verwandtschaft der Fähigkeiten und Ueberzeugungen beruhendes Ganzes. Damit ist auch zugleich die Wirksamkeit des Volkes ausgesagt. Eine Handlung kann nur von einem einzelnen Subject geschehen, nicht von einem Ganzen, als einer bloßen Idee, einem incertum corpus, wie die Römer sagen würden.

---

raels. Der Fürst und Herr des neuen Israels nennt die Unterthanen desselben seine Brüder. Möchten darauf diejenigen aufmerksam seyn, welche sich berufen fühlen, den Geist der neueren Monarchien gegen revolutionäre Theorien zu vertheidigen, damit, wenn sie auf einen vorübergegangenen, nicht mehr passenden Zustand zurückgehen, die gute Sache nicht durch ihre Freunde leide.

Es kann nun seyn, daß diese natürliche Handlungsunfähigkeit durch eine Fiction gehoben wird. So kann namentlich von einem Entschluß, den ein Ganzes aus mehreren Personen faßte, eigentlich nicht die Rede seyn. Indessen kann festgesetzt seyn, daß der Beschluß, der durch alle Glieder übereinstimmend oder durch die Majorität derselben gefaßt wird, unter gewissen Bedingungen als der Beschluß des Ganzen angesehen werden soll, was nun offenbar nur auf einer Fiction beruht. Wo eine solche Fiction nicht vorhanden ist, und dieß ist nothwendig der Fall, wo es sich um ein bloß natürliches Ganzes handelt, da kann also von Handlungen dieses nicht die Rede seyn. Die Thätigkeit des Volks im natürlichen Sinn kann also nur in einem unsichtbaren, durch seinen Begriff, nämlich jene Verwandtschaft selbst gegebenen Einfluß auf die ihm angehörigen Glieder bestehen.

Von den Thätigkeiten des Volks, oder was dasselbe ist, von den verschiedenen Richtungen des Volksgeistes gehört nur eine hieher, das Recht. Nur weniges soll über dieselben noch im allgemeinen bemerkt werden. Die Nationalität hat ohne Zweifel einen Einfluß auf die geistige Fähigkeit des Menschen überhaupt, namentlich also auch auf das Erkenntnißvermögen. Das was man in solchen Beziehungen von dem Einflusse climatischer Verhältnisse u. s. f. auf den Menschen gesagt hat (abgesehen von Uebertreibungen, welche dadurch nicht in Schutz genommen werden sollen) ist mit größerer Bestimmtheit der Nationalität zu vindiciren, welche ihrerseits allerdings mit jenen Umständen sehr nahe zusammenhängt; so daß diese also ihre Einwirkung nicht auf den Einzelnen unmittelbar, sondern auf das Volk, dem er angehört, und erst dadurch auf ihn äußern. Wichtiger aber ist der Einfluß der Nationalität auf die Sinnesart, auf das sittliche Vermögen des Einzelnen. Es giebt Ansichten und

Ueberzeugungen, welche dem Einzelnen nicht als solchem, sondern als Glied eines Volks angehören, und die ihm aus diesem natürlichen Grunde mit den übrigen Gliedern desselben gemein sind. Dieß heißt nun nichts anderes, als daß die Quelle dieser Ansichten nicht der Geist des Einzelnen, sondern der Volksgeist ist, daß also diese Ueberzeugungen eine Thätigkeit des Volkes sind. So ist die Religion im Alterthum, wo sie noch etwas nationelles war, eine Richtung des Volksgeistes, und so haben die Völker ferner bis auf den heutigen Tag ihre moralische, so haben sie endlich auch ihre rechtliche Ueberzeugung.

Das Recht, um nun bey diesem stehen zu bleiben, ist das Resultat einer Volksthätigkeit, und zwar dergestalt, daß nicht auch zugleich der Einzelne als solcher, oder bloß als Glied einer Familie, sondern nur als Glied eines Volks einer rechtlichen Ueberzeugung fähig ist, daß also diese Thätigkeit dem Volk, im Gegensatz zu jenen Zuständen, ausschließlich angehört. Hierin unterscheidet sich vom Recht die moralische Ueberzeugung, indem dieselbe allen diesen Zuständen, dem Geist des Einzelnen als solchen, der Familie und des Volkes eigen ist, was sich aus dem Begriff und Princip der Moral (dem menschlichen Wohl) von selbst erklärt. — Zur Existenz der rechtlichen Freiheit gehört, daß dem Willen des Menschen ein anderer Wille gegenübersteht, welchen er theils als einen anderen, ihm äußerlichen, als den Willen eines anderen, eines eigenen Willens fähigen, freien Subjects, theils aber auch als den seinigen nämlich insofern erkennt, als dieser Wille auf eine ihm ebenfalls angehörige Ueberzeugung sich gründet. Denn dadurch wird der Mensch in das Recht gestellt und Person, daß sein Wille zugleich einzelner und allgemeiner ist, daß er als ein vollkommen selbstständiger, mithin auch um seiner selbst willen und abgesehen von seinem besonderen

Inhalt, gilt, aber doch nur, weil er zugleich allgemeiner Wille, weil er auf eine gemeinsame Ueberzeugung gegründet ist. Ich will hier nicht mit denjenigen streiten, welche von der ursprünglichen Entstehung einer gemeinsamen Ueberzeugung sich eine andere Vorstellung machen, als die, daß dieß nur durch eine natürliche Verwandtschaft des Geistes geschehen könne. Ich setze dieß daher voraus. Nun wird jedermann zugeben, daß zur Zeit des Einen Menschen, des erschaffenen, von keinem Recht die Rede seyn konnte, es hätte denn etwa der Wille Gottes dem Willen des Menschen als ein demselben äußerlicher gegenübertreten müssen, in welchem Falle aber der Wille des Menschen vernichtet gewesen wäre. Als aber mehrere Menschen existirten, so waren sie in einer Familie vereinigt, nachher in einem Volk. In einer von diesen beiden Verbindungen muß das Recht gesucht werden. Der Mann aber war des Weibes Herr, sie hatte keinen Willen, der als ein von dem Willen jenes verschiedener hätte anerkannt werden können, und eben dieß gilt auch von der Vermehrung der Familie, so lange noch alle Glieder durch die Innigkeit des Familienbandes umschlungen waren. Die Familie also war verbunden durch eine gemeinsame Ueberzeugung, aber durch keine rechtliche. So wie hingegen die Familie sich in ein Volk erweitert hatte, so standen sich Menschen gegenüber, deren Willen nicht unter einer Familienherrschaft gebunden, die daher als einzeln selbstständige einander gegenübergestellt waren. So war also die Volksverbindung der Boden für das Recht, indem in ihr einestheils eine gemeinsame Ueberzeugung, anderntheis ein der rechtlichen Freiheit entsprechendes Verhältniß der Glieder zu finden war. Damit ist zunächst allerdings nur gezeigt, daß (um mich dieses alten, bequembezeichnenden Ausdrucks zu bedienen) die causa instrumentalis, nicht daß auch die causa principalis des Rechts in dem Volk

liege. In wiefern die Volksverbindung die eigentliche Ursache und Quelle des Rechts ist, muß daher noch näher erörtert werden.

Das Recht beruht auf einer gemeinsamen Ueberzeugung der Menschen. Es wird ferner vorausgesetzt, daß diese Uebereinstimmung ursprünglich auf einer natürlichen Grundlage beruhe. Diese Grundlage könnte das seyn, was von Natur der Mensch als solcher mit Menschen, oder was er als Glied der Familie, oder endlich als Glied des Volks mit anderen Gliedern gemein hat. Wenn nun auch, wie wir gesehen haben, die Entstehung des Rechts nicht in die Entstehung der Familie, sondern des Volks fällt, so kann doch noch immer gefragt werden, ob die allgemeine menschliche Verwandtschaft auf diesem Boden, oder ob, wie behauptet worden ist, die nationelle die Quelle des Rechts ist. Das Recht nun hat zwey Seiten, welche nicht getrennt werden können, ohne den Begriff des Rechts selbst aufzulösen. Die eine besteht in der Ueberzeugung von dem, was Recht ist, die andere in der Geltendmachung dieser Ueberzeugung. Ein Recht, welches nicht geltend gemacht, nicht realisirt werden könnte, wäre kein Recht. Es versteht sich aber auch von selbst, daß diese Geltendmachung selbst eine rechtliche seyn muß, eine solche, welche um des Rechts selbst willen geschieht, nicht bloß zufällig. Eine bloß zufällige wäre die Geltendmachung durch reine, natürliche Gewalt z. B. durch Krieg, weil dieselbe eben nur zufällig etwa das Recht realisiren kann, aber da sie eine bloß natürliche, nicht unter dem Einfluß des Rechts stehende Gewalt ist, ebenso auch dem Unrecht zum Werkzeuge dient. Ein dem Recht selbst entsprechender Rechtsschutz ist nur möglich durch ein Organ des allgemeinen Willens, also durch eine Verfassung und im Staate. Daher wird nur derjenige Wille, der die Verfassung hervorruft, auch die Quelle

des Rechts seyn können; dieser gemeinsame Wille ist aber ursprünglich der des Volks. Freilich ist in der neueren Welt vielfach die Rede gewesen und noch die Rede von einem Recht, welches durch keine Verfassung, durch keine Staatsgewalt geschützt, sondern dessen Realisirung dem Gerathewohl, der Ueberlegenheit der Kräfte, der natürlichen Gewalt anheimgegeben ist. Aus diesem letzteren ergiebt sich, was ich meine: nämlich nicht das Naturrecht, auf welches das gesagte zum Theil allerdings auch passen würde, sondern das Völkerrecht. Aber man sollte endlich einmal aufhören, wenigstens die Juristen sollten es thun, von denen zu vermuthen steht, daß sie den Ausdruck Recht in seinem eigentlichen Sinne gebrauchen, — man sollte aufhören, das Recht dadurch zu entweihen, daß man Sätze mit seinem Namen belegt, für welche sich noch keine rechtliche Form der Geltendmachung gefunden hat, man sollte von einer Völker- oder Staatenmoral, aber nicht von einem Völkerrecht sprechen.

Was ich so eben von dem Zusammenhang zwischen Recht und Verfassung gesagt habe, führt mich zum Schluß noch auf eine Ansicht von der Entstehung des Rechts, welche ich bisher nicht erwähnt habe. Viele nämlich halten den Staat für den Erzeuger des Rechts. Es wird hinreichend seyn, hier folgendes darüber zu bemerken. Die Verfassung besteht darin, daß dem allgemeinen Willen ein äußeres Organ gegeben wird, durch welches er ins Werk gesetzt werden soll. Der allgemeine Wille nun ist es, welcher den Inhalt des Staats ausmacht, den Inhalt, welcher durch die Verfassung eine bestimmte, äußere Form erhält. Die Verfassung setzt also diesen allgemeinen Willen voraus, und dieß auch schon um deswillen, weil sie selbst aus keiner andern Quelle als diesem Willen entspringen kann. Da das Recht nun eine Stufe dieses allgemeinen Willens ist, so kann es nicht

durch die Verfassung selbst erst hervorgebracht werden. Die Unmöglichkeit dieser Entstehung, als der ursprünglichen des Rechts, ergiebt sich auch aus folgendem. Die Gesetzgebung nämlich beruht darauf, daß dasjenige, was das verfassungsmäßige Organ derselben ausspricht, als gemeinsamer Wille gelten soll. Sollte also der Staat die Quelle des Rechts seyn, so hieße das so viel, als daß das gesetzliche Recht das ursprüngliche wäre. Da nun aber das gesetzliche nur Recht ist vermöge jener Voraussetzung oder Fiction, nicht darum, daß es wirklich gemeinsame Ueberzeugung ist, so würde das Recht dann gar nicht wirklich, sondern nur fictionsweise existiren.

Manche haben jener Ansicht die Behauptung entgegengestellt, das Recht existire schon vor dem Staate; dieß ist aber eben so falsch. Allerdings ist also die Justizgewalt eben so wenig die Quelle des Rechts und das ursprüngliche Subject der rechtlichen Ueberzeugung, als die Polizey die Quelle des gemeinsamen moralischen Willens, der Staat die Quelle des Volks, und, um noch ein anderes Beispiel zu wählen, die Kirche die Quelle der Religion ist. Aber dennoch ist, wie ich schon vorhin bemerkt habe, keine vollkommene rechtliche Ueberzeugung denkbar, ohne eine Verfassung, welche die Realisirung derselben bestimmt, sollte sie auch noch so sehr in ihren ersten Anfängen sich befinden. Nur muß man freilich nicht den Schluß machen wollen, daß weil das Recht nicht vor der Verfassung und dem Staat vorhanden ist, es auch durch denselben hervorgebracht seyn müsse.

### 2. Die Rechtsquellen.

Das gesammte Recht ist in dem ersten Abschnitt dieses Kapitels als etwas nationales, und die Volksüberzeugung als die eigentliche Quelle alles Rechts bezeichnet worden. Hier soll nun noch ein Schritt wei-

ter geschehen, es soll die Art und Weise angegeben werden wie die Volksüberzeugung das Recht erzeugt, die Wege, auf welchen dasselbe aus der Volksüberzeugung hervorgeht, die Formen in denen es entsteht. Diese Formen heißen Rechtsquellen. Solcher Rechtsquellen sind drey, wie schon im ersten Buch beiläufig erwähnt worden ist; eine davon ist der Gegenstand dieser Schrift, zur Bestimmung ihres Begriffs aber ist es nöthig, auch die beiden andern hier mit ihr zusammenzustellen.

Die erste dieser Rechtsquellen ist das Volk unmittelbar selbst, nach dem oben aufgestellten Begriffe desselben; näher also die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung, wie sie durch das Wesen des Volks unmittelbar gegeben ist. Diese unmittelbare Volksüberzeugung wird wirksam in den Gliedern des Volks. Die rechtlichen Ueberzeugungen dieser gehören hieher, sofern sie jene natürliche Gemeinschaft zu ihrem unmittelbaren Grunde haben (nicht also etwa die Autorität eines Gesetzes, oder wissenschaftliche Gründe). Um diese Wirksamkeit noch bestimmter zu bezeichnen, so tritt jene unmittelbare Volksüberzeugung hervor 1) in dem Bewußtseyn der Glieder, und darum nothwendig auch 2) in ihren Handlungen, welche nach jenem Bewußtseyn eingerichtet und also die Anwendung, die Uebung des Rechts sind. Solche Handlungen sind freilich für sich betrachtet Handlungen der Einzelnen, welche sie vornehmen, aber es liegt ihnen zugleich etwas gemeinsames zu Grunde, welches eben darin besteht, daß sie aus einer gemeinsamen Ueberzeugung, aus dem Geiste des Volks hervorgegangen sind. Diese Uebung einer rechtlichen Ueberzeugung, welche jene unmittelbare Volksüberzeugung zur Quelle hat, heißt Sitte, und diese ist sonach die Erscheinung jenes Rechts, welche auch nicht ausbleiben kann, und daher eine wesentliche Wirkung desselben ist. Das Recht, welches auf jene

jene Weise entsteht, und auf diese erscheint, könnte man daher das Recht der Sitte nennen; durch den technischen Ausdruck des römischen Rechts ist aber der unbestimmtere Name Gewohnheit für die Sitte, und daher die Bezeichnung Gewohnheitsrecht die übliche geworden.

Die zweite Rechtsquelle ist die Gesetzgebung. Die Staatsgewalt ist das äußere Organ, welches für die Bethätigung des gemeinsamen Willens als Repräsentant des Volks (im natürlichen Sinne des Worts) aufgestellt ist. Dieses Organ hat den allgemeinen Willen erstens, zu erkennen, und zweitens, ins Werk zu setzen. Das Wesen der Staatsgewalt besteht darin, daß dasjenige, was sie unter den verfassungsmäßigen Voraussetzungen als allgemeinen Willen erkennt, auch als solcher gilt, ohne daß hier erst eine materielle Untersuchung statt findet; neben welcher keine Staatsgewalt, da sie eben das höchste seyn soll, bestehen könnte. Die Staatsgewalt kann nun für mehr oder weniger Fälle (für alle ist es natürlich nicht möglich) diesen allgemeinen Willen, d. h. dasjenige, was dafür gelten soll, ausdrücklich festsetzen und aussprechen, und dieser Ausspruch heißt Gesetz. So auch namentlich beim Recht [2]). Die Entstehung ist also

2) Es ist eine unnöthige Beraubung der Sprache, wenn man sämmtliches Recht, das von der Staatsgewalt, eben weil es Recht ist, anerkannt wird, unter dem Ausdruck Gesetz begreift, ein Sprachmißbrauch, welcher jedoch wenigstens unter den Juristen glücklicherweise immer seltener wird. Gesetz ist nach dem geltenden Sprachgebrauch nicht der von der Staatsgewalt gewußte allgemeine Wille überhaupt, sondern nur der von ihr besonders ausgesprochene. Auch für die adjective Bezeichnung des Rechts überhaupt als Quelle eines Verhältnisses, wofür jetzt gewöhnlich der Ausdruck: gesetzlich gebraucht wird, selbst wenn man damit gar nicht das Gesetz im eigentlichen Sinn als Quel-

hier eine äußere, sie ist selbst schon ihre Erscheinung. — Allerdings ist die Thätigkeit der Gesetzgebung mehr eine formelle, als die der beiden anderen Rechtsquellen, indem der Gesetzgeber kein eigenthümliches Rechtsbewußtseyn hat, sondern seinen Stoff unmittelbar von dem Volksgeist oder von den Juristen erhält, und er hat auch häufig nur einen rein formellen Einfluß auf das Recht, indem er das schon bestehende Recht ausspricht, und ihm also nur die Form des Gesetzes giebt. Aber der Inhalt des Gesetzes braucht nicht schon bestehendes Recht, Gewohnheitsrecht oder Praxis gewesen zu seyn, indem eine Volksansicht oder eine Ansicht der Juristen sanctionirt werden kann, welche sich noch nicht zu einer festen Ueberzeugung, zu einem Recht ausgebildet hat, oder ohne Hülfe des Gesetzgebers vielleicht nie ausgebildet hätte. Und somit ist die Gesetzgebung wenigstens potentia wirkliche Rechtsquelle.

Die dritte Rechtsquelle ist die Wissenschaft. Zu allen Zeiten giebt es in dem Volk Personen, welche durch ihre Stellung oder durch ihre Fähigkeiten vorzugsweise des Rechts kundig sind. Durch diese Personen als Einzelne und ihre Thätigkeit wird jedoch kein Recht hervorgebracht, dieselbe ist vielmehr in dieser Beziehung eine receptive, sie sind nur Niederlagen des bestehenden Rechts. Es kommt aber in einer gewissen Zeit zu einer eigentlichen wissenschaftlichen Behandlung des Rechts. Die Wissenschaft ist nun immer etwas productives. Diese Pro-

---

le bezeichnen will; fehlt uns keineswegs ein gutes deutsches Wort, und dieß ist das alte juristische: recht. Es hindert uns nichts, statt gesetzliche Vormundschaft, gesetzliche Erbfolge u. s. f. da, wo nicht ausdrücklich ein Gesetz als die Quelle genannt werden soll, nach alter Sitte zu sagen: rechte Vormundschaft, rechte Erbfolge.

ductivität bezieht sich 1) auf die Form: aus dem Aggregat von Rechtssätzen wird ein organisches Ganzes, sie werden gewußt aus innern Gründen, sie bestehen vermöge innerer Nothwendigkeit, und schon von dieser Seite wird das Recht durch die Wissenschaft wesentlich verändert; 2) auf den Inhalt, der ebenfalls dadurch weiter gebildet wird, und verändert werden kann. Ich werde noch in einem der folgenden Abschnitte zum Behuf der Unterscheidung zwischen dieser und der ersten Rechtsquelle darauf zurückkommen.

Der Unterschied der Rechtsquellen entsteht hiernach dadurch, daß bey der Entstehung des Rechts das Volk theils unmittelbar thätig ist (und das Volk als solches kann auf keine andere Weise thätig seyn, als durch den natürlichen Einfluß seines Geistes auf seine Glieder), theils mittelbar, durch Repräsentanten, welche dasselbe bey der Production vertreten, Gesetzgeber und Juristen. Und Gewohnheitsrecht ist also dasjenige Recht, welches unmittelbar aus dem Geiste des Volks hervorgegangen ist.

Die Literärgeschichte des Begriffs vom Gewohnheitsrecht ist zugleich interessant und ermüdend; jenes, insofern sich in den Ansichten über den Begriff und einzelne Seiten desselben etwas gemeinsames nachweisen läßt, das sich durch sie hindurchschlingt, dieses, weil eine bloße Recension der verschiedenen Ansichten und ihrer Aeußerung das einförmigste Ansehen haben müßte, so wenig eigenthümliches ist seit der Wiedergeburt der Jurisprudenz bis auf die neuere Zeit darüber zum Vorschein gekommen. Die folgenden Bemerkungen sollen keine solche bis in Detail vollständige und historische Aufzählung enthalten; dessen ungeachtet aber soll mit meinem Willen keine bedeutendere und einflußreiche Ansicht unberührt bleiben. Dabey wird sich Gelegenheit finden, den gegebenen Begriff selbst noch wei-

ter auszuführen, und namentlich denselben auch in seinem Unterschied von andern verwandten oder damit in Verbindung gebrachten Begriffen zu betrachten.

Ich fasse die Sätze, von welchen die Ansichten unserer älteren oder neueren Juristen mehr oder weniger, ausdrücklich oder stillschweigend abweichen, folgendermaßen zusammen. 1) Das Gewohnheitsrecht geht aus von dem Volk in der natürlichen, oben angegebenen Bedeutung des Worts. 2) Sein unterscheidendes Merkmal (denn jenes hat es mit allem Rechte gemein) ist, daß es unmittelbar vom Volk ausgeht. 3) Es existirt in der Sitte des Volks. Jedem dieser Sätze soll einer der folgenden Abschnitte gewidmet werden.

### 3. Das Volk.

Nur durch einen volksmäßigen Inbegriff kann Gewohnheitsrecht entstehen. Hiernach beantwortet sich die Frage, inwieweit es gemeines und partikuläres Gewohnheitsrecht giebt. Das in der Ueberzeugung des ganzen Volks gegründete, und in seiner Sitte hervortretende ist das gemeine. Aber ein Volk enthält in sich wieder kleinere Inbegriffe, welche volksmäßige d. h. solche sind, die auf dieselbe Weise, wie das Volk innerlich verbunden, und von andern Stämmen desselben Volks unterschieden sind. So wie dieß der Fall ist, können besondere rechtliche Ueberzeugungen in denselben entstehen, und diese bilden ein partikuläres Gewohnheitsrecht. Ein solches Ganzes entsteht auf ähnliche Weise, wie sich die Völker selbst in dem großen Bereich des Menschengeschlechts ausscheiden. Namentlich durch die räumliche Nähe und Abgeschlossenheit gegen die Uebrigen desselben Volks, durch Gemeinschaft äußerer Gegenstände unter einander, durch eine besondere Verfassung u. s. f. So kommt es dahin, daß die Bewohner eines Landstrichs, einer Niederlassung,

einer Stadt, eines Dorfs, durch eine nähere Verwandtschaft der Sinnesart und der Ueberzeugungen gegenüber den andern Volksgenossen verbunden, und dieß heißt eben, besondere volksmäßige Ganze sind, in welchen ein besonderes Recht neben dem Allen gemeinsamen entsteht. Jenes aber, die nationale Eigenschaft dieser Inbegriffe, ist das nothwendige Erforderniß zur Entstehung des Gewohnheitsrechts, daher Gesellschaften und andere nicht natürliche Vereine nicht hieher gehören [3]). — Von diesem ersten Satze nun findet man folgende Abweichungen bey unseren Juristen.

I. Schon die römischen Juristen haben bey dem Volk, von welchem das Gewohnheitsrecht ausgeht, den Populus, das Volk in der politischen Bedeutung im Auge. So stellt Julian in L. 32. de legib. das Volk, welches das Gewohnheitsrecht erzeugt, ausdrücklich als dasselbe dar, welchem auch die gesetzgebende Gewalt nach der römischen Verfassung zusteht. Eben so wenig scheiden die neueren Juristen diese beiden Begriffe. Daher ist nach den Juristen des Mittelalters zwischen der Con-

---

3) Man muß sich hüten, bei partikulären Gewohnheitsrechten an Rechte zu denken, welche ihrem Gegenstande nach besonders auf der Ueberzeugung gewisser Classen unter den Volksgliedern beruhen. Handelsrecht, Rechtssätze über bäuerliche oder überhaupt ländliche Verhältnisse u. dgl. können sowohl gemeines als partikuläres Gewohnheitsrecht seyn, obgleich nicht alle Glieder des Volks Kaufleute oder Landbebauer, oder auch ausserdem dieser Gegenstände sich bewußt sind. Denn darauf, ob Alle diese oder jene rechtliche Ueberzeugung haben, was ohnedieß unmöglich ist, kommt es überhaupt gar nicht an, sondern nur darauf, ob diese Ueberzeugung eine g e m e i n s a m e, d. h. in dem Geist des Volks im allgemeinen gegründet ist.

suetudo und dem Statutum einer Stadt kein Unterschied, als daß jene durch stillschweigende, dieses durch ausdrückliche Uebereinstimmung entstehe [4]); sie behaupten, auch der größere Theil des Volks könne durch seine Uebereinstimmung eine Consuetudo begründen, und berufen sich deshalb auf den Satz, daß die Zustimmung der Majorität einen Beschluß des Ganzen begründe [5]). Darum konnte auch der Sprachgebrauch leicht entstehen, wornach jene Zeit unter consuetudines überhaupt die Rechte der einzelnen Völker und Städte versteht [6]). Daher giebt ferner die Glosse lex municipii mit consuetudo [7]), womit es freilich nicht übereinstimmt, wenn Bartolus einen so strengen Unterschied zwischen Statut und Gewohnheit machen will, daß er behauptet, der Kläger müsse abgewiesen werden, wenn er sich auf eine consuetudo berufe, und es sey ein statutum [8]). Daß auch in der folgenden

---

4) z. B. Bartolus ad L. diuturna. de legib. Die tacita civium conventio der römischen Juristen enthält im Grunde dasselbe.

5) Bartolus ad L. de quibus. de legib.

6) s. z. B. Gl. ad L. 2. C. quae sit l. c. verbis: de consuetudine scripta i. e. lege municipali.

7) Glossa ad L. 1. C. de emancip., ad L. 6. quod cujusc. univ. u. a. — So sagt auch ein juristisches Repertorium (Handsch. der erlanger Bibl. Nro. 239. Aufschrift: tabula juris) v. Consuet.: Consuetudinis duae sunt species, quaedam enim in scriptis est redacta et illa dicitur constitutum jus. Non est redacta, et illa generali nomine vocatur consuetudo. (Es gehen mir die literärischen Hülfsmittel ab, mit denen dieses Repertorium, das übrigens von einem Canonisten herrührt, vielleicht bestimmter als eine auch sonst bekannte Schrift bezeichnet werden könnte).

8) ad L. de quibus. Dieß wird im Thesaur. comm. op. (Frcf. 1584.) Fol. 137. v. als die communis opinio angegeben, von der jedoch Jason abweiche.

Zeit von jenem Gesichtspunkt aus die Lehre angesehen worden ist, braucht durch besondere Allegate nicht dargethan zu werden, und wird in speciellen Consequenzen noch unten sichtbar werden [9]). Erst in den neusten Zeiten liegt den Betrachtungen über das Gewohnheitsrecht eine richtigere Ansicht zu Grunde, ohne daß jedoch meines Wissens dieselbe im Gegensatz jener früheren in einer Schrift bestimmt ausgesprochen worden ist. Ja in Manchen ist dieselbe so wenig zum vollen Bewußtseyn gekommen, daß sie daneben noch unbedenklich Folgerungen aus der älteren beibehalten.

Das Volk, welches ein Glied der Verfassung ist, also die Regierten gegenüber den Regenten, eine städtische Gemeinde u. s. f. ist insofern kein natürliches, durch bloße natürliche Elemente zusammengehaltenes Ganzes, sondern ein künstliches, geordnetes, durch den Willen hervorgerufenes. Während dem natürlichen Ganzen keine andere Thätigkeit möglich ist, als diejenige, welche in dem Einfluß des Volksgeistes auf die Einzelnen besteht, also eine innere, ist umgekehrt das durch den Willen geordnete nur einer äußeren Thätigkeit fähig. Mit andern Worten: das Volk in der natürlichen Bedeutung kann keinen Beschluß fassen, weder ausdrücklich noch stillschweigend, der Staat dagegen, das geordnete Volk, kann keine Sitte begründen. Wenn also das Gewohnheitsrecht, das sich in einem Staate, in einer Stadt u. s. f. gebildet hat, durch die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung entsteht, und in der Sitte hervortritt, so kann nicht zweifelhaft seyn, wer dasselbe hervorgebracht habe.

---

9) z. B. nur wer ein Statut machen könne, vermöge auch eine Consuetudo einzuführen. S. z. B. Prenninger Consil. II. 21. u. 24. und die dort citirten älteren Schriftsteller.

Nicht der Staat, oder ein Glied desselben, das Volk im politischen Sinn, der Inbegriff der Unterthanen, und so auch nicht die Gemeinde, der Inbegriff derjenigen, welche verfassungsmäßig die Bürger der Stadt sind, sondern der Inbegriff derjenigen, die durch ihren natürlichen Zusammenhang unter einander ein Ganzes bilden, ihre Stellung in der Verfassung mag nun seyn, welche sie wolle. Die Verfassung kann diesem natürlichen Ganzen seinen Einfluß auf die Rechtsbildung absprechen (wie weit dieß durchgesetzt werden könne, soll hier nicht erwogen werden, entscheidet sich auch leicht von selbst), aber sie kann keine natürliche Rechtsbildung anordnen, keine Sitte machen, weil überhaupt etwas, was sich von selbst macht, nicht gemacht werden kann. Sagt also jemand, das Gewohnheitsrecht werde durch die Unterthanen, durch die Stadtgemeinde ꝛc. hervorgebracht, so ist dieß ohngefähr so als behauptete man, die Kinder seien darum Kinder und natürliche Verwandte ihrer Eltern, weil zwischen diesen das Connubium existire.

II. Es herrscht unter vielen Juristen, freilich mehr stillschweigend, als daß sie bestimmt ausgesprochen wäre, die Ansicht, daß es die *Einzelnen* sind, von welchen das Gewohnheitsrecht ausgeht. Dieser Irrthum wird durch einen anderen erzeugt, durch die Meinung nämlich, das Recht entstehe *durch* die Sitte, was noch weiter unten zur Sprache kommen wird, indem man dann unter dieser Sitte die Gewohnheiten der Einzelnen als solcher versteht. Durch Einzelne aber als solche kann kein Recht entstehen, weder Gewohnheitsrecht noch gesetzliches und Juristenrecht. Denn die Ueberzeugung eines Einzelnen macht kein Recht, und ist sie eine gemeinsame Ueberzeugung, so geht diese Gemeinsamkeit, durch welche das Recht erst erzeugt wird, aus einer Verbindung der Einzelnen hervor, in welcher sie eben nicht als bloße Ein-

zelne existiren, aus der nationellen und aus der Staatsverbindung. Wenn durch Vertrag Recht entstehen könnte, so würden hier allerdings Einzelne als solche Recht hervorbringen, daß dieß aber nicht der Fall ist, wird unter der folgenden Nummer gezeigt werden.

Ein Gelehrter, der nicht Jurist ist, hat in unseren Zeiten es versucht, dasjenige, was wir als Volksthätigkeit betrachten, der Thätigkeit der Einzelnen mit Gründen zu überweisen [10]. Er spricht zunächst von der Sage, aber seine Lehre ist allgemeiner, und so können wir namentlich dieselben Grundsätze auch auf das Recht anwenden. "Die Sage," dieß ist seine Ansicht, "war allerdings das Gesammteigenthum der Zeiten und Völker, aber nicht so ihre gemeinsame Hervorbringung. Was man an Zeitaltern und Völkern rühmt, löset sich immer bey näherer Betrachtung in die Eigenschaften und Handlungen einzelner Menschen auf" u. s. f. So könnte man auch von unserem Gegenstande sagen: daß das Recht das Gesammteigenthum des Volks sey, daß es namentlich in den früheren Zeiten vollständig im Bewußtseyn des Volks lebe, lasse sich nicht läugnen. Dessen ungeachtet aber sey, nach gründlicher Einsicht der Sache, nicht das Ganze, das Volk Erzeuger des Rechts; seine Thätigkeit sey keine produktive, sondern eine receptive, sie sey der gutmüthige Glaube an dasjenige, was ihm Einzelne, seine Könige, seine Richter als Recht hingäben, welche letzteren also es wären, die durch ihre Einsicht das Recht hervorbrächten. — Ich stehe nicht an, diese vermeintlich gründliche Ansicht eine höchst oberflächliche und triviale zu nennen. Trivial nenne ich sie darum, weil sie eigentlich diejenige ist, die dem gemeinen,

---

10) A. W. v. Schlegel in der Recension von d. Br. Grimm altd. Wäldern. Heidelb. Jahrb. 1815. Nro. 46 fgg. S. 723.

ungebildeten Verstande angehört, der bey der äußeren Erscheinung stehen bleibt, und für den das unsichtbare nicht vorhanden ist. Denn jene Behauptung steht ohngefähr auf einer Stufe mit derjenigen, es sey unwahr, daß die Handlungen aus dem Willen des Menschen hervorgiengen; bey näherer Betrachtung werde man finden, daß Hand und Fuß die Quelle derselben seien. Ich kann mich nach dem, was oben schon zur Begründung der richtigen Ansicht gesagt worden ist, zur Widerlegung dieser Meinung auf folgendes beschränken. Eine bloß receptive Thätigkeit ist etwas undenkbares, die Annahme einer solchen Beschränkung würde das Subject derselben vernichten, denn wenn etwas schlechterdings und absolut nur dasjenige wäre, was ein anderes daraus machte, so wäre es selbst in der That nichts. Dem Volk also eine productive Thätigkeit absprechen, heißt so viel als den Begriff des Volks selbst läugnen, und den Völkern ein Eigenthum an ihrer Sage, ihrem Rechte zuzusprechen, wie Schlegel gethan hat, daneben aber eine Hervorbringung derselben durch den Volksgeist schlechterdings zu läugnen, ist völlig sinnlos. Denn indem etwas zur Volksüberzeugung, und so zum Eigenthum des Volks wird, muß das Volk nothwendig als activ thätig, als hervorbringend gedacht werden, mag nun das, was der Volksgeist sich zu eigen machte, herstammen, woher es wolle, es müßte denn z. B., wenn ich Besitz ergreife, Eigenthum erwerbe, dieß ebenfalls als eine receptive Thätigkeit gelten. Schon darum also ist es falsch, daß das Volk seine Sagen, sein Recht nicht hervorbringe. Fragen wir nun aber weiter, woher denn das Volk jenes sein Eigenthum, seine Ueberzeugung nehme, so kann die directe Beantwortung dieser Frage hier abgelehnt werden, weil sie über die Sphäre der gegenwärtigen Untersuchungen hinausliegt; nur dieß soll erörtert werden, ob es die Einsicht Einzelner ist, welche etwa in eine Volksein-

sicht übergeht, ob das Volk also seine Ueberzeugungen, und namentlich die rechtlichen von den Einzelnen erhalte? Die Antwort ergiebt sich aus dem früher gesagten. Die Idee des Rechts bezieht sich auf das Zusammenleben der Menschen, die Einzelnen können also nicht für sich allein, sondern nur in diesem Zusammenleben eine rechtliche Ueberzeugung haben. Wäre dieses Zusammenleben nun ein bloß äußerliches, welches die Personen innerlich nicht afficirte, so könnte allerdings nicht gesagt werden, es sey die Quelle des Rechts, da es vielmehr nur der Wirkungskreis und Gegenstand desselben wäre. Aber jenes ist nicht der Fall, die Zusammenlebenden bilden ein organisches Ganzes, dessen Glieder sie sind, von dessen Geist sie also durchdrungen werden. Wenn sie also, wie vorhin bemerkt worden ist und auch nicht bezweifelt wird, nur als Zusammenlebende das Rechtsbewußtseyn haben können, so heißt dieß bestimmter ausgedrückt, sie haben dasselbe als Glieder des Volks, und sofern sie solche sind. Darin liegt nun aber auch, daß das Recht nicht in der Ueberzeugung der Einzelnen seine Quelle haben kann, sondern diese vielmehr ihre Quelle in dem Volksgeist hat. In der Mehrheit von Personen, welche das Volk ausmachen, sind es allerdings niemals Alle, in welchen die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung sich bestimmt gestaltet, es können sogar sehr wenige seyn, von denen die übrigen lernen, aber diese Uebrigen sind nicht das Volk, und dieses Mittheilen ist nicht das Hervorbringen des Rechts.

III. Eine Ansicht verdient noch besonders hervorgehoben zu werden, wiewohl sie mit den unter den beiden ersten Nummern bezeichneten sehr nahe verwandt ist. Dieß ist diejenige, wornach das Gewohnheitsrecht unter den Gesichtspunkt der Autonomie gebracht wird [11]). Es

11) Weiſse de vi consuet. in caus. crim. §. 2. und in seiner

soll zur Beurtheilung dieser Meinung vor allem die Feststellung dieses Begriffs versucht werden, der in der That in Deutschland sehr alt ist, wenn auch das Wort erst in späteren Zeiten dafür gebraucht wurde.

In dem ersten Kapitel dieses Buchs ist bemerkt worden, daß neben der natürlichen Uebereinstimmung in dem ältesten Deutschland noch eine Rechtsquelle bestand, durch welche Recht ausdrücklich festgesetzt ward, und die man am besten mit dem späteren Ausdruck Willkühre bezeichnen. Bey dem Mangel einer wohlgeordneten Verfassung, und da vielmehr die natürliche Freiheit des Einzelnen das überwiegende Princip bildete, kann dieß nicht als der Ausfluß einer eigentlichen gesetzgebenden Gewalt angesehen werden. Es galt für den Germanen kein Recht, was er nicht sich gesetzt hätte; nun ist freilich ein von einer gesetzgebenden Gewalt gesetztes Recht als allgemeiner Wille auch der Wille des Einzelnen, gewiß aber hätte sich damals der etwa von der Majorität überstimmte Freie, wo es nicht einer einzelnen Unternehmung, sondern einer fortwirkenden Vorschrift galt, mit diesem Gedanken nicht zufrieden gestellt. Wir können daher in Erwägung der damaligen Zustände dieses gewillkührte Recht nur ein vertragsmäßiges nennen, so aber, daß die Wirkung jener Willkühren über die Wirkungen gewöhnlicher Verträge weit hinausgieng, und wirkliches Recht, so gut wie gesetzliches, dadurch hervorgebracht wurde.

Ein Vertrag nämlich, d. h. das bewußte Hervorbringen einer Willensübereinstimmung Mehrerer durch diese selbst, die insofern als Einzelne sich gegenüberstehen,

---

Einleitung ins deutsche Privatr. Eichhorn d. Privatr. §. 26. und viele andere Aeltere und Neuere, besonders Germanisten.

erzeugt ein Rechtsverhältniß, aber keinen Rechtssatz; durch Verträge und sonstige Dispositionen Einzelner als solcher kann die Anwendung des Rechts, aber nicht das Recht selbst modificirt werden, jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Denn das Recht ist etwas öffentliches und allgemeines, welches eben deshalb nicht von den Einzelnen als solchen hervorgebracht werden kann; der Wille aller Einzelner als solcher wäre noch immer kein allgemeiner Wille. Daß aber im Vertrag die den Vertrag Schließenden wirklich als Einzelne einander gegenüberstehen, das ist dadurch erwiesen, daß der Vertrag in dem Hervorbringen einer Uebereinstimmung mehrerer Willen besteht. Diese Willen müssen also wirklich mehrere seyn, folglich diejenigen, welche die Contrahenten als Einzelne haben. Der Wille, den dieselben als Glieder eines Volks, eines Staats haben, ist Einer, deshalb ist z. B. kein Vertrag zwischen dem Unterthan und dem Staatsoberhaupt als solchem zu denken, denn hier hat jener keinen von dem Willen dieses verschiedenen und umgekehrt.

In Deutschland nun haben die Verträge ihre Gränzen überschritten, indem man ihnen unter gewissen Umständen Wirkungen beilegte, welche der Natur des Vertrags eigentlich widersprechen. Der Grund dieser Ausdehnung war eben in jener alten Zeit das Bedürfniß einer ausdrücklichen Festsetzung von Rechtssätzen. Da nun keine gesetzgebende Gewalt neben jener sich überwiegend geltend machenden natürlichen Freiheit des Einzelnen bestehen konnte, so blieb nur die Form des Vertrags und die Nothwendigkeit, auf diesen die Kraft der Gesetzgebung überzutragen. Auf ähnliche Weise und aus gleichem Grunde finden wir in dem späteren deutschen Staatsrecht Verträge zwischen Landständen und Landesherrn, gleich als wären sie nicht als solche Glieder desselben

Organismus, sondern einander gegenüberstehende Einzelne. Und so erklären sich auch die Staatsrechtstheorien, welche den Staat durch einen Vertrag entstehen lassen, eben weil sie ebenfalls von der natürlichen Freiheit nicht wegzukommen vermögen, und keinen anderen natürlichen und ursprünglichen Zustand der Menschen ausser demjenigen erkennen, wornach sie als Einzelne neben einander existiren sollen. — Jene Begründung von eigentlichen Rechtssätzen durch Verträge in dem ältesten Zustand der germanischen Völker kann man schon Autonomie nennen, so daß das Wesen dieses Begriffs in der Geltendmachung der natürlichen Freiheit des Einzelnen und folgeweise darin liegt, daß durch die Einzelnen als solche, also durch eigentliche Privatdispositionen, wirkliches Recht gesetzt werden kann. Es ist aber eine unrichtige und den Begriff nur verdunkelnde Ausdehnung desselben, wenn manche Germanisten auch die regelmäßige Wirkung der Verträge und sonstigen Privatdispositionen, welche dieselben namentlich nach römischem Rechte haben, und wornach sie nicht das Recht, sondern die bloße Anwendung des Rechts auf einen gegebenen Fall modificiren, z. B. durch Modification der Naturalia negotii u. dgl., als eine Folge der Autonomie, und als den niedrigsten Grad derselben ansehen [12]). Denn sofern man nicht die Hervorbringung eines Nomos, eines wirklichen Rechtssatzes, für die Autonomie voraussetzt, so vernichtet man durch diese Generalisirung den Begriff selbst, oder man muß zu dem beliebten Hülfsmittel greifen, welches in der deutschen Jurisprudenz schon so manche Verwirrung angerichtet hat, eine Autonomie im weiteren und im engeren Sinn zu unterscheiden.

Als in Deutschland späterhin eine gesetzgebende Ge-

---

12) So selbst Eichhorn im deutschen Privatr. §. 25.

walt sich bildete, und ferner in dem canonischen und römischen ein gesetztes Recht geltend ward, bey dessen Festsetzung der Einzelne nicht concurrirt hatte, nahm die Autonomie, indem sie dadurch Schranken erhielt, einen noch bestimmteren Character an. Sie wurde nun eine Befugniß gegenüber einer höheren Gewalt; es entstanden gewisse Bedingungen für deren Ausübung, welche theils den Gegenstand, die Rechtssätze selbst, die und in wieweit sie dadurch sollten entstehen können, theils die Form der Festsetzung, theils endlich die Personen, die dazu befugt seien, betreffen, indem dieses Recht manchen Classen von Personen ganz entzogen, manchen nur unter größeren Beschränkungen gelassen ward. So ist denn nun Autonomie das, gewissen der Staatsgewalt unterworfenen Personen, also ihnen als Einzelnen, zustehende Recht, durch Privatdispositionen wirkliche Rechtssätze hervorzubringen, sey es auch, daß die Wirkung derselben in Vergleichung mit dem Produkt der eigentlichen Rechtsquellen in mancher Hinsicht beschränkt wäre. Nur darf diese Beschränkung nicht eine solche seyn, wodurch jene Sätze aufhörten, Rechtssätze zu seyn, und zu den Produkten gewöhnlicher Verträge herabgesetzt würden, weil dieß nicht eine Beschränkung, sondern eine Aufhebung des Rechts der Autonomie wäre.

Hiernach wird sich beurtheilen lassen, ob die natürliche, nationelle Uebereinstimmung der Ueberzeugung wirklich eine autonomische Rechtsquelle, ob das Gewohnheitsrecht ein autonomisches Recht ist? eine Frage, die, wie wir noch unten sehen werden, besonders für die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts wichtig wird [13]. Der Hauptunterschied ist der, daß das autonomische Recht ausgeht von Einzelnen als solchen, worin denn seine

13) S. z. B. Eichhorn a. a. O. §. 26.

Unregelmäßigkeit besteht, und der Grund seiner Beschränkung liegt, wenn die Verfassung des Staates zu einer größeren Ausbildung gelangt. Sowie ferner eine wirkliche Staatsgewalt vorhanden ist, welcher die Einzelnen unterworfen sind, erscheint es als ein von den Unterthanen ausgehendes Recht. Man wird dagegen nicht einwenden, daß ja auch das Privatfürstenrecht auf autonomischen Festsetzungen beruhen kann, und in Deutschland vorzugsweise darauf beruht. Denn insofern selbst der Souverain autonomische Dispositionen mit den Gliedern seiner Familie macht, handelt er nicht als Souverain, sondern als Einzelner, oder eben nicht vermöge der gesetzgebenden Gewalt, sondern vermöge des Rechts der Autonomie, welches, wenn auch etwa unter größeren Beschränkungen, auch den Unterthanen zusteht oder zustehen kann. Das autonomische ist endlich ein mit Willen gesetztes Recht, sey es nun in der Form ausdrücklicher Dispositionen, oder stillschweigender Uebereinkunft (Observanz), weil der einzelne Wille als solcher nur auf diese Weise thätig seyn kann. In allem diesem ist das Gewohnheitsrecht von jenem gänzlich verschieden. Es wird nicht von den Einzelnen sondern von einem Ganzen, einer nationellen Verbindung hervorgebracht, es geht ebendeshalb nicht von den Unterthanen als solchen aus, und endlich ist es nicht ein gesetztes, sondern ein so zu sagen eingeborenes, auf der natürlichen Verwandtschaft der Ueberzeugungen beruhendes Recht. Es steht auch in gar keiner Opposition gegen die Staatsgewalt und das gesetzliche Recht; eine solche Opposition ist ihm erst durch irrige Theorien zu seinem großen Nachtheil aufgedrungen worden. Die Staatsverfassung hat vielmehr ursprünglich dieselbe Quelle, wie das Gewohnheitsrecht.

4. Ge-

## 4. Gewohnheitsrecht und Juristenrecht.

Unsere Juristen rechnen gewöhnlich das Juristenrecht zum Gewohnheitsrecht, soweit sie überhaupt ein aus der Wissenschaft hervorgegangenes Recht anerkennen. Wie dieß gekommen, ist nicht zweifelhaft. Die Neueren nämlich theilen das Recht seiner Entstehung nach in jus scriptum und nec scriptum, und verstehen unter dem ersteren das gesetzliche oder promulgirte Recht, unter dem letzteren das übrige. Nach dem §. 9. J. de jure naturali etc. sind es aber gerade die mores, welche das jus quod sine scripto venit ausmachen, und so hat man denn von jeher keinen Anstand genommen, jus non scriptum und Gewohnheitsrecht gleichbedeutend zu nehmen, und jedes nicht promulgirte Recht unter die Rubrik des letzteren zu bringen.

Allerdings haben Gewohnheitsrecht und Juristenrecht gegenüber dem promulgirten manches mit einander gemein, welches eine nähere Verbindung jener beiden rechtfertigt. Beide entstehen auf einem innerlichen Wege, während das gesetzliche durch einen äußerlichen Act, die Promulgation sein Daseyn erhält. Beide beruhen auf einer wirklichen gemeinsamen Ueberzeugung, während diese bey dem promulgirten gewissermaßen in einer Fiction besteht, wornach eben dasjenige, was die Gesetzgebung im verfassungsmäßigen Wege als allgemeinen Willen ausspricht, auch als solcher gilt. Beide endlich haben einen eigenthümlichen, ihnen angehörigen Inhalt, während der Gesetzgeber seinen Stoff nicht aus sich selbst, als Gesetzgeber, sondern aus den Volks- oder wissenschaftlichen Ansichten nimmt, so daß man die Quellen jener die materiellen Rechtsquellen, die Gesetzgebung aber die formelle nennen kann.

Dessen ungeachtet gehen Gewohnheits- und Juristenrecht aus zwey ganz verschiedenen Quellen hervor. Um

dieses nachzuweisen, wird es nöthig seyn, hier einiges aus der Theorie des Juristenrechts, wiewohl dieselbe nicht der Gegenstand dieser Schrift ist, einzuschalten.

Daß viele Rechtssätze den römischen Juristen, und keiner anderen Quelle ihr Daseyn zu verdanken haben, ist allgemein anerkannt, wiewohl man diese sehr natürliche Erscheinung nicht selten aus sehr beschränkten Gesichtspunkten betrachtet hat. Diese Rechtssätze galten nicht, weil sie der Gesetzgeber etwa bestätigt hatte, oder weil sie in die Ueberzeugung des Volks übergegangen, also Gewohnheitsrecht geworden waren, denn bey den meisten war keines von beiden der Fall; sondern aus einem andern, ihnen eigenthümlichen Grunde, welcher weiter unten zu untersuchen seyn wird. Von der besonderen Wirksamkeit, welche das Jus respondendi den Aussprüchen mancher Juristen gab, ist also hier nicht die Rede, denn dieser Einfluß kam ihnen nicht als Juristen, sondern vermöge einer äußeren, gegebenen Autorität zu; es handelt sich um eine Wirksamkeit, welche juristische Ansichten schon an sich hatten. Indessen erklärt sich aus jenem Umstand, (da jene äußere Autorität auch auf diese natürliche einen bedeutenden Einfluß äußerte, und sie dadurch mehr zurückdrängte) daß die Ansichten solcher Juristen, welche jenes Recht hatten, auch abgesehen von förmlichen Gutachten, ein überwiegendes Ansehen erhielten. Man gebrauchte nun, besonders als die wissenschaftliche Behandlung selbst allmählich aufhörte, die Schriften der alten Juristen als Rechtsquellen (im römischen Sinne), eben so gut wie die Constitutionen, späterhin in der gesetzlichen Beschränkung auf gewisse Juristen [14]), bis end-

14) Merkwürdig ist eine dem Citirgesetz ähnliche Verordnung der neueren Zeit. Caccialupus (de modo studendi. VI. inf.) giebt an, von seinen Zuhörern gehört zu haben,

lich Justinian diesen Gebrauch aufhob. — Die Glossatoren gewannen bey ihrer Mit- und Nachwelt eine ähnliche Autorität, besonders auch in Deutschland. Ihre Aussprüche hatten in den Gerichten keine geringere Achtung als die Gesetze selbst, welche und deren Verständniß man ihnen verdankte[15], und dieß gilt nicht weniger von den auf jene folgenden Commentatoren[16]. Der Mißcredit, in welchen diese Juristen durch die französische Schule kamen, machte theils auf das damalige Deutschland einen geringen Eindruck, theils war überhaupt jene Opposition weniger gegen die Autorität der Juristen im allgemeinen, als dieser Juristen gerichtet. Daher blieb es in Deutschland (und nicht bloß da) ein anerkannter Satz, daß die communis opinio doctorum Rechte mache[17]. Der Fehler dieser Ansicht lag darin, daß man ganz bey dem Aeußeren dieser Autorität stehen blieb. Da-

---

in Spanien und Portugall bestehe ein Gesetz, wornach bey einer Controverse unter den Doctoren die Meinung des Bartolus vorgezogen werden solle. Dasselbe aber war ohne Gesetz gemeine Meinung in Deutschsand. Berlich. Conclus. pract. III. 25. §. 11. Vgl. auch A. Duck de auth. Jur. Rom. I. 8. §. 6.

15) Heineccius hist. jur. rom. §. 417., der dort citirte Fulgosius, und Ritter in der Anmerk. Daher schreibt sich die Betheuerung in den Compendien, die Glosse sey nicht als Gesetz recipirt.

16) Bartolista optimus jurista. Caccialup. l. c.

17) S. ausser den Schriften, welche ausschließlich von der Communis opinio handeln, z. B. Menochius praesumt. II. 71. Gaill observat. I. 16. II. 39. et passim. Berlich. decis. 314. §. 67. sqq. Besold. thes. pract. v. opin. comm. Dietherr Contin. ibid. — Vgl. auch über dieses und das folgende Duck de usu et auth. Jur. civ. Rom. I. 8. de interpretationibus et opinionibus doctorum.

durch kam es, daß man die unpassendsten Bestimmungen erfand, z. B. daß die Meinung von sieben Doctoren eine communis opinio mache, daß wo Bartolus und die Glosse übereinstimmten, dieses Recht sey, daß ein Jurist, je älter, desto angesehener sey, womit man dann, freilich höchst zufällig, noch andere verwerfliche Sätze in Verbindung brachte, z. B. die s. g. casus pro amico [18]. So brachten diese Ansichten, statt daß jene Autorität der Juristen zu einer angemessenen Weiterbildung des Rechts hätte ermuntern sollen, vielmehr einen unwissenden Schlendrian hervor. Daher entstand späterhin, als die Wissenschaft sich wieder mehr hob, die lebhafteste Polemik gegen diesen Gebrauch, ohne daß man jedoch etwas besseres an seine Stelle setzte; indem man den Mißbrauch bekämpfte, verkannte man vielmehr die darin liegende Wahrheit und stellte Sätze auf, welche von derselben wo möglich noch weiter entfernt waren, als jene. Man ließ die Wissenschaft als Rechtsquelle einschwinden zu einem Gerichtsgebrauch, usus fori, welchen man als eine Unterart des Gewohnheitsrechts betrachtete. So wie man nämlich der Meinung war, das Gewohnheitsrecht sey ein Recht, welches durch Gewohnheit entstehe, so behauptete man, dadurch, daß die Gerichte häufig und ununterbrochen nach einer gewissen Norm verführen oder entschieden, entstehe für sie die Verbindlichkeit, auch künftig diese Norm anzuerkennen, und namentlich entstünde also Recht durch frühere Entscheidungen nach einem gewissen Satze, durch Präjudicien oder rerum judicatarum auctoritas. Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird [19]. Hier-

18) S. die vorige Note.

19) Es konnte daher nicht fehlen, daß auch hiergegen wie gegen die communis opinio gestritten wurde, zumal das rö-

zu kommt die Widersinnigkeit, daß eine Fortsetzung von widerrechtlichen Erkenntnissen zuletzt rechtliche hervorbrächte. Endlich würden wir hier eine Rechtsquelle haben, welche das von ihr hervorgebrachte Recht nicht wieder zu ändern vermöchte, welche sich jeder Fortbildung des Rechts entgegensetzte, und so auf eine viel auffallendere Art den Nachtheil erzeugte, der oben an jenen älteren Ansichten gerügt worden ist.

Es ist oben als eine wesentliche Folge der wissenschaftlichen Behandlung aus dem Charakter derselben bemerkt worden, daß Recht durch dieselbe entstehe, und die Geschichte jeder Zeit, in welcher eine Rechtswissenschaft existirt hat, bestätigt dieß. Wir Deutsche insbesondere sollten am wenigsten daran zweifeln, da die Grundlage unseres Rechts, das römische, lediglich auf diesem Weg und durch diese Rechtsquelle das unsrige geworden ist. Die wissenschaftliche Thätigkeit aber ist nicht eine nationale; wissenschaftliche Ueberzeugungen sind nicht solche, die der Mensch als Glied eines Volks, sondern solche, die er als Einzelner hat, also ist hier nicht der Volksgeist das unmittelbar productive. Wenn also die Wissenschaft eine Rechtsquelle, so ist sie eine von der unmittelbaren Volksüberzeugung ganz verschiedene, und eigene. Aber die Rechtswissenschaft hat einen nationalen Gegenstand, sie wird also nur dann Wissenschaft seyn, wenn sie denselben als nationalen, d. h. in seiner Wahr-

---

mische Recht so bestimmt sagt: non exemplis sed legibus judicandum. So ist namentlich Haus (über den Werth des Gerichtsgebrauchs) dagegen aufgetreten, dessen Schrift übrigens höchst oberflächlich und gedankenarm ist, so daß er es wohl nur seiner Einsamkeit auf diesem Felde der Literatur zu danken hat, wenn er noch jetzt in allen Compendien citirt wird.

keit behandelt. Nur insofern kann sie auch jene productive Kraft haben, welche ihr nur als wahrer Wissenschaft zukommt. Die Juristen müssen daher als Repräsentanten des Volks verfahren, wenn sie jenen Einfluß auf das Recht üben wollen. Es ist somit eben so wahr, daß auch von diesem Recht das Volk die ursprüngliche Quelle ist, als es andererseits durch das eben bemerkte entschieden ist, daß das Volk dasselbe nicht unmittelbar, wie das Gewohnheitsrecht, sondern mittelbar durch jene seine Repräsentanten hervorbringt. Deshalb habe ich diesem Recht den Namen Juristenrecht gegeben.

Die praktische Betrachtung dieser Rechtsquelle gehört eigentlich nicht hieher, da durch das bisherige schon der Frage, um derentwillen hier davon die Rede war, genügt ist. Indessen soll wegen der Aehnlichkeit der Theorie dieser Rechtsquelle mit der des Gewohnheitsrechts auch dieser Punkt noch in der Kürze berührt werden. Wenn für die Anwendung gefragt wird: ob ein Rechtssatz, für welchen diese Quelle angegeben wird, wirklich vorhanden ist? so beantwortet sich dieß folgendermassen. Die Wissenschaft wird wirksam in ihren Bekennern, in der wissenschaftlichen Ueberzeugung und der Anwendung derselben. Eine juristische Ansicht nun ist dann Recht, wenn sie wissenschaftlich begründet, also wenn sie wahr ist. Um dieses zu seyn, muß sie in das System eingefügt d. h. eben innerlich begründet, und sie muß dem Volksgeist angemessen seyn. Wie soll namentlich die Existenz dieser letzten, materiellen Seite entschieden werden? Ein Hülfsmittel dafür ist der Umstand (wenn etwa nicht ein besonderer Grund entgegensteht), daß sie sich wirklich geltend gemacht hat, theils in der Ueberzeugung der Juristen, theils in der Anwendung vor Gericht. Diesen Sinn hat also die Autorität der Juristen und der res judicatae, der Präjudicien, welche mithin nicht Rechtsquellen, son-

dern Erkenntnißquellen (freilich nicht schlechthin unfehlbare) eines schon entstandenen Rechts sind. Deshalb heißt denn auch das Juristenrecht nach der Analogie der Benennung des Gewohnheitsrechts: das Recht der Praxis.

## 5. Sitte.

Der dritte der oben (S. 148.) gegebenen Sätze, welche in diesen Abschnitten mit Berücksichtigung der abweichenden Ansichten, näher betrachtet werden sollten, ist der, daß das Gewohnheitsrecht in der Sitte existirt. Darin liegt wiederum zweierley, erstens, daß die Sitte des Volks es ist, in welcher jene rechtlichen Ueberzeugungen niedergelegt sind, zweitens, daß das Recht nicht etwa durch die Sitte, sondern vielmehr umgekehrt diese durch jenes erzeugt und bestimmt wird.

I. Was das erste anlangt, so sprechen unsere Juristen in der Regel nicht von der Sitte, sondern von der Gewohnheit. Dieser Sprachgebrauch hängt seiner Entstehung nach nicht allein mit dem römischen Wort consuetudo, sondern auch mit den Ansichten über die Quelle des Rechts überhaupt, namentlich damit zusammen, daß die Einzelnen als diejenigen angesehen werden, von denen das Recht ausgehe. Sitte und Gewohnheit kommen darin mit einander überein, daß durch diese Prädikate der Charakter einer Handlung ausgedrückt wird, wornach sie wegen einer ihr zu Grunde liegenden und zwar inneren und stillschweigenden Bestimmung des Willens unter gleichen Umständen wiederkehren werde. Der Unterschied beider aber besteht darin, daß Gewohnheit unter jener Voraussetzung die Handlung eines Einzelnen als solchen genannt wird, und hier kann jene stillschweigende Willensbestimmung auch in der Gewöhnung liegen, d. h. eine Handlung kann zur Gewohnheit werden, nicht allein weil der Handelnde durch ein Gefühl ihrer ausschlie-

ßenden Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit geleitet wird, sondern auch bloß weil er dieselbe Handlung unter gleichen Umständen schon mehrmals gethan hat, und so dieses Wiederkehren selbst und für sich der Grund der weiteren Wiederholung wird. Wenn jemand z. B. sein Siegel zu seiner Unterschrift setzt, in dem Glauben, dadurch Betrug zu verhüten, so ist jene Handlung, sofern in diesem Glauben der Grund der steten Wiederholung liegt, seine Gewohnheit; aber wenn jene Willensbestimmung auch nicht vorhanden ist, und er setzt nur zufällig, aber wiederkehrend sein Siegel hinzu, so ist auch hier die Handlung Gewohnheit, sofern gerade in der öftern Vornahme der Handlung für ihn eine unbewußte Bestimmung zur Wiederholung liegt. Sitte hingegen ist eine Handlung, sofern jene stillschweigende Willensbestimmung, die sie hervorbringt und hervorbringen wird, nicht in dem Einzelnen als solchen ihren Grund hat, sondern in einer ihm mit anderen gemeinsamen, aber eben weil sie eine innerliche und stillschweigende ist, auf natürlichem Wege entstandenen Ueberzeugung. Eine Sitte hat daher, wie schon der unverdorbene Sprachgebrauch bezeugt, eine Familie, ein Volk oder volksmäßiger Inbegriff, aber kein Einzelner als solcher. Allerdings sind es Handlungen Einzelner, denen das Prädikat Sitte zukommt, aber nicht als den Handlungen Einzelner, sondern insofern sich in ihnen jene gemeinsame Ueberzeugung ausspricht. Um jenes Beispiel zu wiederholen, so wird also das Beidrücken des Siegels eine Sitte seyn, wenn die Willensbestimmung in einer gemeinsamen Ueberzeugung liegt, welche die Handlung immer wieder hervorruft, eine Gewohnheit aber, wenn der Grund der Wiederholung lediglich im Geiste der Einzelnen zu suchen ist. Daraus folgt nun für unseren Gegenstand, daß das Recht, die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung, sofern dieselbe auf dem Wege der natürlichen Uebereinstimmung

der Sinnesart entstanden, also soweit es noch unmittelbar eine Volksüberzeugung ist, in der Sitte hervortreten wird, daß hingegen Gewohnheiten, eben weil der Gewohnheit das Einzelne zu Grunde liegt, keine Niederlage des Rechts sind. — Wenn ich übrigens hier dem Ausdruck: Gewohnheit entgegentrete, so geschieht dieß nur insofern, als man von diesem Begriff aus zu argumentiren und die Theorie des Gewohnheitsrechts aufzurichten versucht hat; das Wort: Gewohnheiten selbst nebst seinen Zusammensetzungen ist zu sehr in unserer Terminologie eingebürgert, als daß ich es verbannen möchte und könnte.

II. Die rechtliche Ueberzeugung ist es, welche die Sitte bestimmt und hervorbringt, nicht umgekehrt; denn gerade jene als Bestimmung des Willens ist es, die einer Handlung das Prädikat der Sitte verleiht. In gleichem Verhältnisse steht selbst die bloße Gewohnheit zu der Willensbestimmung. Denn wenn gleich, wie oben bemerkt worden ist, eine Gewohnheit durch Gewöhnung entstehen kann, so daß gerade in der Wiederholung einer Handlung das bestimmende Princip für die künftige Wiederkehr derselben liegt, so ist auch hier doch nicht die Gewohnheit die Quelle, sondern die Folge jenes Princips, der Gewöhnung. Die Wiederholung erzeugt die Willensbestimmung, die Gewöhnung, aber diese erzeugt dann erst wiederum die Gewohnheit.

Hier kann die Frage beantwortet werden, ob bey der Sitte ebenfalls diese Entstehung durch Gewöhnung vorkommt, und zwar soll dieß sogleich an einem Beispiele geschehen. Man kann sich die Entstehung des Rechtssatzes: daß bey der Hausmiethe ein gewisser Termin für die Aufkündigung, z. B. vierteljährliche Aufkündigung ein naturale negotii ist, in einer Stadt folgendermaßen denken. Die Einwohner schließen ihre Miethcontrakte ge-

wöhnlich auf diese Aufkündigung; bald braucht man bey der Vertragsschließung nur die Hinweisung auf "die gewöhnliche Aufkündigungszeit," und endlich versteht sich dieses stillschweigend von selbst, so daß es nun in der gemeinsamen Ueberzeugung als ein naturale der Hausmiethe gilt. Hier scheint es nun allerdings, als ob die Gewöhnung, die Wiederholung jener Handlung den Rechtssatz hervorgebracht hätte. Wenn dieß nun auch der Fall wäre, so würde dadurch unser Satz keineswegs umgestoßen seyn, die Sitte würde darum doch nicht das Recht erzeugt haben. Denn jene vorausgehenden Handlungen wären nicht die Sitte, eben weil sie noch bloß einzelne Handlungen Einzelner wären. Durch deren Wiederholung, durch die Gewöhnung entstünde erst die gemeinsame Ueberzeugung, daß dieß das regelmäßige sey, und erst die nach der Existenz dieser Ueberzeugung vorgenommenen, durch sie bestimmten Handlungen würden Sitte genannt werden können. — Aber es ist wirklich nur Täuschung, daß in jenem Falle die Sitte durch Gewöhnung entstehe; dieß ist vielmehr der Natur der Sache nach unmöglich. Der einzelne Mensch nämlich kann durch seine Handlungen eine Gewöhnung empfangen, d. h. die öftere Wiederholung kann ihm zu einer Bestimmung seines einzelnen Willens werden, und dadurch eine Gewohnheit erzeugt werden, die nur die (bewußtlose) Ueberzeugung des Einzelnen als solchen zur Grundlage und Quelle hat. Undenkbar aber ist es, daß durch Wiederholung bloß einzelner Handlungen, denen nichts gemeinsames zu Grunde liegt, eine gemeinsame Ueberzeugung erst entstehe, so wie es undenkbar ist, daß das Volk durch die Einzelnen, der Leib durch seine Glieder gemacht werde [20]). Wir müssen also in dem oben angeführten

---

20) Handlungen des Einzelnen können eine Gewohnheit des Einzelnen hervorbringen. Eine Sitte des Volks könnte auf

Beispiele nothwendig annehmen, daß der Handlung des Einzelnen, der zuerst vierteljährliche Aufkündigung bey seinem Miethvertrage festsetzte, nicht bloß seine Ueberzeugung, als eines schlechthin Einzelnen, von der Angemessenheit u. s. f. dieser Bedingung zu Grunde lag, sondern schon eine gemeinsame, die sich immer mehr befestigte und zu jenem bestimmten Rechtssatz formte, so daß gleich anfangs eine Sitte vorhanden war, die nachher, wie die Ueberzeugung von der Angemessenheit und Zweckmässigkeit in eine rechtliche übergieng, zu einer Rechtssitte wurde. Ich sage gleich anfangs, eben weil eine Handlung zur Sitte wird durch die ihr zu Grunde liegende Ueberzeugung, die ihre Wiederholung fordert, nicht aber durch diese Wiederholung selbst, die vielmehr (wovon noch weiter unten die Rede seyn wird) nur eines von den Erkenntnißmitteln der Sitte ist. Damit dieß nicht mißverstanden werde, muß ich noch folgendes hinzusetzen. Dem Begriffe nach wäre eine Handlung allerdings Sitte zu nennen, wenn sie auch nur ein einzigesmal vorgekommen wäre, sofern sie nur aus jener stillschweigenden gemeinsamen Ueberzeugung hervorgegangen ist, welche auch ihre Wiederholung erzeugen wird. Aber dieß ist eine bloße Abstraction und kommt in der Wirklichkeit nicht vor. Da man nämlich nicht sagen kann, in welchem Zeitpunkt jene Ueberzeugung entstanden ist, so kann man auch von keiner Handlung mit Bestimmtheit sagen, sie sey die erste, zweite u. s. f., die darauf gegründet ist, und darum widerstrebt es auch dem Sprachgebrauch,

---

demselben Wege nur durch Handlungen des Volks entstehen. Dergleichen giebt es aber nicht, und darum kann auch eine Sitte nicht auf diesem Wege entstehen. Denn diejenigen Handlungen, welche die Gewöhnung erzeugen, müssen mit denjenigen übereinstimmen, welche durch die Gewöhnung bestimmt werden.

jene Anwendung des Ausdrucks zu machen, die dem Begriff ganz und gar nicht widerspräche.

Die der eben vorgetragenen entgegengesetzte Ansicht, welche sich bey den Juristen je nach dem Gang ihrer Untersuchungen in verschiedenen Modificationen ausspricht, ist sehr alt. Ueberhaupt kann man dieselbe so bezeichnen, daß nach ihr das Gewohnheitsrecht durch Gewohnheit entsteht; wie dann die Gewohnheit selbst entsteht, darüber finden sich wiederum verschiedene Ansichten. Die gemeinste Form dieser Meinung ist die, wornach einzelne Handlungen durch ihre Wiederholung ein Gewohnheitsrecht begründen, actus inducunt consuetudinem. So sprechen schon die Glossatoren, sowohl Legisten, als Canonisten, und daß dieß nicht eine bloß zufällige Redeweise ist, sondern daß sie sich wirklich auf ihre Ansicht der Sache gründet, das beweist ihre Theorie von den Erfordernissen, namentlich von der Verjährung der Gewohnheit, wodurch das Gewohnheitsrecht eben so hervorgebracht werden soll, wie durch Ersitzung jura singulorum [21]); ferner die Theorie von dem Beweis des Gewohnheitsrechts, indem dasselbe eben deshalb, weil man es auf äußere Handlungen gründete, zu einer gewöhnlichen Thatsache wurde [22]). Diese Art, die Sache anzusehen, ist auch ganz natürlich, wenn man bedenkt, wie das Gewohnheitsrecht im Leben selbst zur Sprache kommt. Wenn sich jemand auf ein Gewohnheitsrecht berief, so kam es dem Beurtheiler vor allem auf die sichtbare Existenz desselben in einzelnen darnach eingerichteten Handlungen an, so wie die Berufung selbst, namentlich von dem Nichtjuristen folgendergestalt zu geschehen pflegt: es sey im-

---

21) S. das dritte Buch.

22) Vgl. oben S. 108. und das dritte Buch.

mer so gehalten worden u. dgl., also mit Hinweisung auf die fortdauernde Uebung des behaupteten Rechtssatzes. So konnte man denn sehr leicht dasjenige, was nachzuweisen war, und worauf sich zur Begründung der Behauptung eines Rechtssatzes berufen wurde, für den Grund und die Entstehung des Rechtssatzes selbst, also jene Uebung und die einzelnen Handlungen, aus denen sie besteht, für die Quelle des Gewohnheitsrechts halten. Ich irre mich gewiß nicht, wenn ich nicht einer Speculation, sondern eben diesem Einfluß des Lebens auf die Theorie die Entstehung jener Lehre bey den Glossatoren zuschreibe. Allerdings sahen die Glossatoren wohl ein, daß mit den bloßen, wiederholten Handlungen nichts gedient sey, wie denn das Corpus Juris selbst doch zu deutlich den tacitus consensus populi hervorhebt, und sie äußern gelegentlich, daß jene mehreren Handlungen nur insofern eine consuetudo hervorbrächten, als die Ueberzeugung des Volks vorhanden sey, daß dieß in Zukunft gelten müsse, — ferner sogar: daß die consuetudo per exempla *probatur*, et etiam per decennium; aber diese Aeußerung geschieht eben nur gelegentlich zur Lösung einer Schwierigkeit, und hat auf die Theorie selbst keinen weiteren Einfluß [23]). Bey *Joannes Semeca* ist dieß unter die zahlreichen Erfordernisse, welche seine Glosse angiebt, aufgenommen, hat aber hier schon eine ganz spe-

---

23) Nachdem nämlich gesagt ist, die consuetudo werde eingeführt dadurch, daß während eines Decenniums zweimal darnach gesprochen worden sey, macht sich die Glosse den Einwand, daß ja also hier gegen die Vorschrift exemplis judicirt werden solle, und diesen Einwand sucht sie durch jene Gründe, so wie auch durch andere (z. B. non exemplis unius, sed multorum etc.) zu beseitigen. S. Gl. ad L. 32. de legib. v. inveterata. Gl. ad rubr. C. quae sit l. c. *Azo* Summa Codicis h. t.

cielle Gestalt angenommen, als Eigenschaft der einzelnen Handlungen; nämlich die Handlungen müßten opinione juris oder necessitatis vorgenommen seyn [24]), eine Gestalt, in welcher es sich bis auf die neueste Zeit erhalten hat. Petrus (a Bella pertica) hielt dagegen strenger an dem Satz, daß der consensus populi der Grund des Gewohnheitsrechts sey, weshalb er auch gegen die Glosse einen actus für hinlänglich zur Begründung hält, wenn daraus jene gemeinsame Ueberzeugung erhelle. Dennoch bleibt auch er daran hängen, daß usus et mores wenigstens die causa remota seien, indem sie den consensus, so wie dieser dann die consuetudo, erzeugten [25]). Dieß ist nichts, als die oben widerlegte Idee einer Entstehung durch Gewöhnung, welche auch schon die Glossatoren dadurch ausdrücken, daß sie sagen: consuetudo sey ein communis assuetudo [26]), und die späterhin, namentlich von Hotomanus noch deutlicher ausgesprochen worden ist [27]). Uebrigens haben die Schriftsteller des spätesten Mittelalters in dieser Beziehung öfters Sätze, die auf den ersten Anblick eine bessere Theorie erwarten lie-

---

24) Gl. ad c. 7. D. 8. cf. ad c. 5. D. 1. und Gl. ad cap. ult. X. de consuet.

25) Citirt bey Bartolus ad L. 32. de legib. und Baldus ad h. l. Ich habe leider nicht die Gelegenheit, jenen Petrus selbst und unmittelbar einzusehen.

26) Azo in Summa Cod. h. t. Gl. consensu ad J. de jure natur.

27) Quod primum a paucis quibusdam factum, ita multi postea comprobarunt imitatique sunt, ut jam fere non minus quam scripta lex observetur. Comment. ad Instit. 1. 2. §. 9. So sagt ferner Ern. Cothman. Consil. V. 19. daß die Consuetudo a voluntariis actibus incipit, et in necessitatem tandem desinit.

ßen [28], bey näherer Untersuchung aber findet man, daß dergleichen nur Nachklänge aus jenen beiläufigen Aeußerungen der Glosse und ohne allen Einfluß auf die Theorie sind. Bey den Juristen des sechzehnten Jahrhunderts ist, soweit ich sie kenne, zum Theil ihre Vorstellung von der Entstehung des Gewohnheitsrechts nicht klar [29], zum Theil die eben erwähnte oder von ihr nicht wesentlich verschieden. Cujacius bemerkt in Beziehung auf die actus judiciales, daß die richterlichen Sentenzen keine Consuetudo machen, sondern nur bezeugen, und so hat er auch in einigen anderen Punkten, die noch unten in der Lehre von den Erfordernissen vorkommen werden, eine richtigere Theorie [30]. Aber man würde sich auch

---

28) z. B. Consuetudo (inducitur) ex tacito consensu, qui praesumitur ex diuturnitate temporis et actuum frequentia. Christophorus Porcus ad Inst. de jure natur. etc. Dahin gehört auch schon Baldus Lectura ad L. de quibus, wo er bald den consensus, bald das tempus das efficiens der consuetudo nennt. Daß er wirklich die verkehrte Ansicht hat, ergiebt sich unter andern aus seiner Beantwortung der Frage, ob Ein actus hinreiche? Man könnte dieß, sagt er, bejahen, nam habito effectu (den consensus populi) non curamus de modo. Aber dieß sey falsch. Denn hier sey der modus nicht bloß forma, sondern causa rei, causa consuetudinis. Uebrigens sucht er daneben doch auch Mittel, die Meinung des Petrus (s. oben) nicht ganz verwerfen zu müssen, wie denn überhaupt seine Darstellung zwar sehr umfassend und reich an Materialien ist, aber an großer Unbestimmtheit und Verwirrung leidet, und der lebendigen und geordneten des Bartolus durchaus nachsteht.

29) S. z. B. Hugo Donellus Comment. I. 10. Er sagt a. A. consuetudinem morem et usum consentientis populi esse constat, sed diuturnum; weiter unten aber, daß die consuetudo aus den einzelnen actus entstehe.

30) Observatt. XX. 1.

hier täuschen, wenn man über die Entstehung des Gewohnheitsrechts genügenden Aufschluß zu finden hoffte; denn auch nach ihm ist es die Zeit, welche eine Gewöhnung, sowie diese die Sitte hervorbringt, nach welchem allem dann erst das Recht vorhanden ist [31]. Bey denjenigen (zu welchen Cujacius nicht gehört), welche die hergebrachte Theorie von der Verjährungszeit für die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts vertheidigen, ist ohnedieß auf solche Aeußerungen, wie: nicht die actus, sondern der consensus populi erzeuge die consuetudo, der aus der frequentia actuum und der diuturnitas temporis nur ersichtlich sey, kein Gewicht zu legen, wie dieß z. B. bey Schneidewinus der Fall ist [32]. Denn das, was an dem angeführten Ort gleich vorher und nachher gesagt wird, zerstört jeden besseren Sinn, welchen man jenen Worten unterlegen könnte [33]. Der Grund, warum man von solchen richtigen Gedanken nicht zu einer Umgestaltung der Lehre, welche so nothwendig daraus folgen zu müssen scheint, fortgieng, lag wenigstens für die älteren deutschen Juristen in der unwandelbaren Anhänglichkeit an die Lehre der Glosse und der Bartolisten, und dem festen Glauben, daß sie schon in dem römischen Recht enthalten sey.

Unse-

31) Paratitla ad Cod. VIII. 52.

32) Commentar. in Instit. I. 2. §. 9.

33) S. auch Gaill Observ. II. 31. §. 9. welcher Panormitanus ad cap. ult. X. de consue. dafür citirt. Einen nicht viel bedeutenderen Einfluß auf die Verbesserung der Theorie haben die Worte: tacitus consensus causat consuetudinem: qui consensus perinde potest colligi et declarari per actus extrajudicarios, sicuti per judiciarios — bey Mynsinger Singul. observ. VI. 41. Vgl. gleich die folgende Obs. 42.

Unsere späteren deutschen Juristen, welche doch häufig nicht an einer blinden Verehrung des herkömmlichen, der vermeintlichen römischen Theorien, und noch weniger derjenigen der Glossatoren und Bartolisten litten, haben, statt der Wahrheit näher zu kommen, vielmehr alles gethan, um jenen Irrthum in ihren Darstellungen des Gewohnheitsrechts noch mehr zu befestigen. Es treten bey ihnen immer deutlicher und unbeschränkter die Handlungen, actus introductivi, als Quelle des Gewohnheitsrechts hervor, und wenn dabey von einem tacitus consensus die Rede ist, so ist derselbe häufig nur der Consens des Gesetzgebers. Denn indem man von einer so zufälligen Grundlage ausgieng, wie die Wiederholung einzelner Handlungen ist, mußte man nothwendig darauf kommen, dasjenige, was auf diese Weise entstehe, die Gewohnheit, sey (was allerdings ganz richtig ist) für sich kein Recht, sondern könne es nur durch den Willen des Gesetzgebers werden, welcher dieser factischen Gewohnheit unter gewissen Bedingungen eine rechtliche Wirkung beilege. Wenn daher Thomasius und nach ihm mehrere Andere das Gewohnheitsrecht ganz läugnen, und nur von der Präsumtion eines gesetzlichen Rechts wissen wollen, welche aus der Uebung entsteht, so ist dieß vollkommen consequent, und kann von jenem Standpunkt aus nicht widerlegt werden. Es ist auch unmöglich, über diesen Standpunkt hinauszukommen, so lange man bey der Untersuchung von der Gewohnheit ausgeht, an welchem Fehler die meisten neueren Darstellungen dieser Lehre leiden [34]. Ich halte es für überflüssig, den ziemlich

---

34) Es ist eigentlich nicht nöthig, einzelne Schriften für diese Punkte zu citiren, denn die Vorstellung, welche oben mit den Worten Hotoman's bezeichnet worden ist, geht fast allgemein durch die ganze Literatur dieser Materie. Man vergleiche z. B. als eine der neusten Schriften darüber:

übereinstimmenden Gang dieser Darstellungen nach dem, was bisher bemerkt worden ist, näher zu beleuchten; dagegen soll zum Schlusse dieses Kapitels nicht übergangen werden, daß schon am Ende des vorigen und Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts mehr oder weniger deutliche Hinweisungen auf die richtigere Ansicht vorgekommen sind. So bemerkt Hofacker [35]: in hisce actibus non tam causam juris introducendi, quam potius argumentum juris introducti ponendum esse, quae observatio magni in doctrina juris consuetudinarii momenti esse videtur, wiewohl seine Darstellung selbst nicht bezeugt, daß er auf diesem rechten Wege weit genug fortgeschritten ist, und deshalb diese seine beiläufige Aeußerung mehr wie eine Reminiscenz aus dem Mittelalter erscheint [36]. Viel weiter ist Thibaut [37] gekommen, indem er positiv und bestimmt die gemeinsame Ueberzeugung (oder wie

---

Klötzer Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom G. R. (1813.) S. 12., der anderen Juristen den Vorwurf macht, daß sie die actus consuetudinis introductivi und actus vi consuetudinis suscepti nicht gehörig unterschieden, und namentlich jene zu Handlungen der letzteren Art machten.

35) Princ. jur. civ. §. 123. not. b.

36) Seine Dissertation über das G. R. habe ich nicht einsehen können.

37) Vgl. die zweite Ausgabe des Pandektensystems (1805.) §. 17. S. auch J. C. Lange Versuch einer Begründungslehre des Rechts. 1821. §. 10. 16., ein Buch, das sich überhaupt durch einzelne gesunde Ansichten auszeichnet, denen nur zuweilen eine weniger veraltete Darstellung zu wünschen wäre. So hätte dasselbe auch oben B. 1. Kap. 9. bey dem Beweis des G. R. Erwähnung verdient, indem der Verfasser sich ausdrücklich gegen die Praxis erklärt, welche diesen Beweis nach den gewöhnlichen Regeln des Processes darüber führen läßt.

er sich ausdrückt: die gemeine Meinung) als die Quelle der Consuetudo bezeichnet, und dieß hat auch den vortheilhaftesten Einfluß wenigstens auf einige Hauptpunkte seiner Theorie gehabt. — Von den neusten Darstellungen unserer Materie sowohl in Lehrbüchern als auch in selbstständigen Abhandlungen ist in Beziehung auf den Begriff überhaupt und den gegenwärtigen Punkt insbesondere, wie es mir wenigstens vorkommt, nichts besonderes zu sagen, indem sie, soweit ich sie eingesehen habe [38]), übereinstimmend die Gewohnheit, die "Handlungsweise," das "Herkommen" u. s. f. zur Quelle des Gewohnheitsrechts machen, mithin von dieser Seite nichts eigenthümliches haben. Diejenigen, welche die einzelnen Handlungen nicht als die Quelle des Gewohnheitsrechts ansehen, erkennen eben so wenig als solche die gemeinsame Volksüberzeugung, sondern den Willen des Gesetzgebers, wovon in dem nächsten Kapitel die Rede seyn wird. Deshalb entsteht ihnen die Sitte dennoch aus einzelnen Handlungen, nur daß dieselben nicht ohne den Willen des Gesetzgebers Recht hervorbringen [39]). Eine Schrift aber ist hier noch zum Schluß mit Auszeichnung zu erwähnen: Chr. E. Weisse de vi consuetudinis in causis criminalibus (1813.) insbesondere §. 2. Denn wenn ich gleich das Fundament der ganzen Abhandlung, die Ansicht, das Gewohnheitsrecht sey ein autonomisches, für ganz unrichtig halte [40]), so ist doch anzuerkennen, daß

---

38) Freilich habe ich einige Abhandlungen, deren Einsicht mir, schon ihrer Verfasser wegen, wünschenswerth seyn mußte, bis jetzt nicht zu Gesicht bekommen können.

39) Wie z. B. bey Volkmar Beiträge zur Theorie des G. R. (1806.) besonders S. 63. f. Es ist dieß übrigens eine der besseren Schriften über unsere Materie.

40) S. oben S. 155. und das vierte Buch an dem Ort, wo von dem Gewohnheitsrecht im Criminalrecht die Rede seyn wird.

abgesehen von diesem Irrthum, von den Ansichten, welche dort weniger bestimmt und positiv ausgesprochen werden, als den Aeußerungen stillschweigend zu Grunde liegen, wenn ich den Verfasser verstanden habe, nur noch ein kleiner Schritt zu der richtigen Theorie des obigen Punktes war, und vielleicht ist es nur die Beiläufigkeit und mehr polemische Form seiner Darstellung, welche verhindert hat, daß dieselbe nicht schon ganz befriedigend geworden ist.

## Drittes Kapitel.

## Die Lehre von der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts.

### 1. Gehalt dieser Lehre.

Aus dem vorigen Kapitel ergiebt sich für den Begriff des Gewohnheitsrechts folgendes. Die Quelle dieses Rechts ist die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung eines volksmäßigen Inbegriffs. Diese unmittelbare Volksüberzeugung äußert sich in der Sitte; diese Uebung ist also die unmittelbare, eigenthümliche Erscheinung des Gewohnheitsrechts. Die Sitte ist ebenso der ursprüngliche Körper desselben, wie das System das eigenthümliche Organ für das Juristenrecht, und das Wort für das gesetzliche. Wenn nun das Gewohnheitsrecht in diesem engen und nothwendigen Zusammenhang mit dem natürlichen Begriffe des Volks steht, und das Resultat der unmittelbaren Thätigkeit desselben in Beziehung auf das Recht ist, so kann in der That gar nicht die Frage entstehen, ob und aus welchem Grunde das Gewohnheitsrecht gültig sey? denn es läßt

sich keine andere Antwort darauf geben, als die: das G. R. besteht und gilt aus dem Grunde, aus welchem Recht überhaupt gilt, ferner aus dem Grunde, aus dem es eine Volksüberzeugung giebt, aus dem Grunde endlich, aus welchem überhaupt Völker existiren. Denn sobald man ein Volk als wirklich anerkennt, so schreibt man damit dem Volksgeist eine Thätigkeit zu, daher eine gemeinsame Ueberzeugung über moralische und rechtliche Freiheit; und da das Gewohnheitsrecht diese Ueberzeugung gerade in ihrer unmittelbaren, natürlichen Gestalt ist, so ist mit dem Volk nothwendig auch das Gewohnheitsrecht gegeben. Noch weniger entsteht in der Beziehung dieser Rechtsquelle auf die beiden andern ein Bedenken gegen die Gültigkeit jener und mithin das Bedürfniß, dieselbe besonders zu begründen. Denn da die vermittelte Rechtsentstehung nothwendig eine unmittelbare voraussetzt, da es, wenn kein Volk und keine unmittelbare Volksüberzeugung wäre, auch keine Staaten und keine Juristen, also weder Juristenrecht noch Gesetze geben würde, so liegt in der Existenz derselben vielmehr eine Bestätigung der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts, geschweige daß durch dieselbe ein Zweifel daran entstünde.

Das Recht erhält seine eigentliche Wirksamkeit durch die Gerichte, welche einen Zweig der Verfassung bilden; also durch die bürgerliche Gesellschaft, und den Zweig der Staatsgewalt, welcher Justiz heißt. Es mag sich übrigens die Verfassung auch noch auf der niedrigsten Stufe befinden, wie dieß bey den alten Germanen der Fall war, so wird es doch kein Volk geben, in dem nicht auch über die Realisirung des allgemeinen Willens eine gemeinsame Ueberzeugung besteht. Es ließe sich nun denken, daß die Staatsgewalt jene Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts, seine Geltendmachung vor den Gerichten beschränken wollte: etwa sogar soweit, daß sie gebö-

te, es solle sich niemand auf das Gewohnheitsrecht vor den Gerichten berufen können, sondern z. B. nur auf Gesetze, oder wenigstens so, daß sie gewisse erschwerende Bedingungen für jene Geltendmachung festsetzte. Die Motive zu diesen Beschränkungen könnten sehr verschiedenartige seyn, wohl- und übelmeinende, besondere Ansichten über die vorzüglichen Eigenschaften dieser oder jener Rechtsquelle, oder sonstige politische Gründe. Auf diese Weise könnten dann Zweifel an der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts überhaupt entstehen, und Versuche, dieselbe zu begründen. Aber solche Zweifel wären dann nur von aussen her, nicht aus der Natur des Gewohnheitsrechts, noch auch der Staatsgewalt entstanden. Aus jener nicht, nach den oben angegebenen Gründen; aber auch nicht aus der Natur der Staatsgewalt, weil der Staat die nationelle Verbindung, welche seine Grundlage ist, keineswegs absorbirt. Ja da er aus derselben Quelle hervorgeht, aus der das Gewohnheitsrecht fließt, und die Verfassung nur gleichsam die letzte Formirung eines Volks ist, so kann der Staat unmöglich etwas einer solchen Thätigkeit, aus der er selbst entspringt, und einer Verbindung, die seinen Inhalt, seine substantielle Grundlage ausmacht, irgend feindlich gegenübertretendes seyn. Folglich kann selbst unter jenen Umständen von dem Grund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts nur eben so gesprochen werden, wie von der Gültigkeit des Rechts überhaupt, von der Existenz der Völker, der Staaten, und es ist dieß gar keine Frage, die in die Lehre vom Gewohnheitsrecht, als einer besonderen Rechtsquelle gehört.

Ganz anders die Mehrzahl unserer Juristen. Bey diesen bildet die Gültigkeit unserer Rechtsquelle einen eignen Gegenstand der Untersuchung, deren Resultate natürlich in der engsten Beziehung auf ihre Ansichten von dem Begriff des Gewohnheitsrechts stehen. Schon der Geist

früherer Zeiten hat auf die Frage von der Gültigkeit dieses Rechts geführt, und sie wurde schon von den älteren Juristen beantwortet. Doch unterscheiden sich die Juristen der neueren Zeit, nämlich derjenigen, welche man die philosophische nennt, von jenen darin, daß sie jene Frage viel eifriger und umständlicher erörtern. Darin möchte man einen Grund finden, sich in der Beleuchtung dieser Ansichten auf die neuere Zeit zu beschränken, und die älteren unvollkommneren und nur beiläufigen Bemerkungen zu übergehen. Dieß würde indessen besonders hier sehr unangemessen seyn. Es giebt zwey Arten, die Literatur einer Lehre zu betrachten. Die eine Betrachtungsweise geht nur auf die Richtigkeit der Ansichten aus, sey es nun nach Verschiedenheit des Gegenstands ein historischer oder ein speculativer Maßstab, wornach dieselbe beurtheilt wird. Man kann diese Methode die didaktische nennen, und sie war bisher bey weitem die gewöhnlichste. Die zweite, welche man die historische nennen kann, verbindet damit die Betrachtung des zeitlichen Zusammenhangs einer Ansicht, der Wechselwirkung, in welcher sie mit ihrer Umgebung steht, und des Einflusses, den sie auf ihre Mit- und Nachwelt ausgeübt hat. Dieser Einfluß ist es, der für diese zweite Methode die Wichtigkeit einer Ansicht bestimmt und sie bedeutend macht, wenn sie für sich auch noch so elend und oberflächlich, wenn sie auch weder in den Quellen noch speculativ begründet seyn sollte, — während für die erste Methode eine ganz unbekannt gebliebene, einflußlose, aber richtigere Aeußerung ohne Vergleich als die interessantere erscheint. Daraus folgt dann consequent noch der andere Unterschied, daß für den didaktischen Zweck die Untersuchung einer Meinung für sich hinreicht, und ihre Entstehung u. s. f. höchstens insofern in Betrachtung kommt, als sich daraus ebenfalls etwas lernen läßt. Für die historische Ansicht hat natürlich gerade die Entstehung,

wie der geschichtliche Zusammenhang überhaupt das größte Interesse. Wie man nun auch über diese verschiedenen Methoden denken möge, so kann es wenigstens bey unserem Gegenstande nicht zweifelhaft seyn, welcher Weg zunächst eingeschlagen werden muß. Denn da von unserer Frage so eben behauptet worden ist, daß sie nicht einmal hätte aufgeworfen werden sollen, so ergiebt sich daraus, daß hier vorzugsweise die Ursachen ins Auge zu fassen sind, welche die Stimmung für solche Untersuchungen hervorgebracht haben. Dann aber finden wir in Absicht auf die theoretische Lösung der Frage, daß eine Grundansicht von den ältesten Zeiten der neueren Jurisprudenz bis auf die unsrigen so ziemlich immer die herrschende geblieben ist. Nur durch die Berücksichtigung der historischen Umgebung ist es daher möglich, hier der todten Aufzählung einer einförmigen Literatur zu entgehen, wenn etwa dadurch gezeigt werden kann, daß dieselbe Ansicht bey den Glossatoren und bey den neueren Juristen doch nicht dieselbe ist. Wenn ich dagegen auf die theoretische Prüfung der Ansichten über den Grund der Gültigkeit des G. R. eine zu untergeordnete Rücksicht zu nehmen scheinen sollte, so will ich gleich hier folgendes erinnert haben. Entweder ist das im vorigen Kapitel und am Eingang des gegenwärtigen vorgetragene wahr; dann bedarf es keiner umständlichen Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten, welche im ganzen sehr einfach sind, sondern höchstens nur der Prüfung einzelner Punkte und Gründe derselben. Oder es ist falsch oder noch nicht gehörig begründet; dann würde es unzeitig und fruchtlos seyn, diesen Mangel erst bey der Kritik der verschiedenen Meinungen ersetzen zu wollen.

### 2. Die Kirche.

Sobald die Kirche im frühsten Mittelalter sich allmählich von den Fesseln der weltlichen Gewalt loszuma-

chen, und als ein eigenes geistliches Reich eine äußere Selbstständigkeit zu gewinnen begann, wornach sie ihre Verfassung bestimmter auszubilden und mit Erfolg zu realisiren vermochte, konnte ein Conflict ihrer Gesetze mit den Sitten und Rechtsgewohnheiten der einzelnen Völker nicht ausbleiben. Denn sie gieng stets auf die möglichste Uebereinstimmung nicht bloß der Lehre und des damit wesentlich verknüpften Theils der Verfassung, also des wirklich unabänderlichen in ihren Vorschriften aus, wo sich die allgemeine Gleichheit von selbst versteht; sondern auch der bloßen Disciplinarvorschriften, also desjenigen, was veränderlich ist, wenn es auch freilich die Kirche selbst oder ihre Regenten nicht zu allen Zeiten als solches anerkannt haben. Es ist daher schon von dieser Seite natürlich, daß die Kirche nationalen Rechtsquellen, und namentlich auch den Gewohnheitsrechten, sofern sie sich unmittelbar oder mittelbar auf kirchliche Dinge, oder solche, welche die Kirche wenigstens als kirchliche ansah, erstreckten und erstrecken mußten, nicht gerade günstig war. Dazu kommt aber noch der innere Grund, daß nach der Natur der katholischen Kirchenverfassung, als einer, welche ganz und gar nicht auf nationellen Grundlagen erbaut ist, die vielmehr der Nationalität entfliehen soll, das Gewohnheitsrecht wenigstens nicht in seiner sonstigen und eigentlichen Gestalt Kirchenrechtsquelle seyn kann, wie ich dieß noch weiter unten (im vierten Buche) ausführen werde [1]. Wenn nun auch die Unangemessenheit unserer Rechtsquelle für das katholische Kirchenrecht überhaupt keineswegs zum Bewußtseyn der Kir-

---

1) Daher sagt schon P. Cölestinus bey Dionys. Exig. n. 20. Quae enim a nobis res digna servabitur, si decretalium norma constitutorum pro aliquorum lubitu licentia populis permissa frangatur. N. 22. Docendus est populus, non sequendus etc. (Voell. et Justell. bibl. I. p. 222.)

che gekommen ist, wie man aus den Büchern der Canonisten sieht, welche bey der Erwähnung derselben unbedenklich auf die Theorie der Civilisten verweisen; so schließt dieß doch ein unserer Rechtsquelle ungünstiges dunkles Gefühl nicht aus, dessen Existenz sich in den Wirkungen, welche es zusammt dem vorhin angegebenen Umstand äußert und zu denen ich nun übergehe, nachweisen läßt.

Schon in den ältern canonischen Rechtssammlungen finden sich eine große Anzahl von Stellen, welche eine Prüfung der Sitte einschärfen, und dieselbe dem jus naturale, der ratio, der veritas unterordnen [2]. Das große Gewicht, welches die Sammler nach der Zahl solcher Stellen auf diese Aussprüche legen, ist um so charakteristischer, als dieselben offenbar nicht juristische Theorien zur Quelle haben, indem sie vor die Zeit der wieder erwachenden Jurisprudenz fallen. Auch das römische Recht für sich kann nicht die Quelle jener Bedenklichkeit gegen die Volkssitte seyn, weil man schon dergleichen vorgefaßte Ideen zu dessen Betrachtung mitbringen mußte, um dasjenige, was es über das Verhältniß der Consuetudo zur ratio, und beiläufig von der publica utilitas enthält, so besonders wichtig zu finden und an die Spitze des Ganzen zu stellen, wie die späteren Juristen. Folglich können sie nur aus kirchlichen Principien entstanden seyn, und zwar eben aus denjenigen, die oben namhaft gemacht worden sind. Auch was Petrus, der Verfasser der Exceptiones Legum Romanorum sagt [3], kann vielleicht theilweise hieher gerechnet werden; denn für die

---

2) S. die hieher gehörigen Abschnitte des gratianischen Decrets nebst seinen Quellen.

3) Except. L. R. IV. 9.

Zeit dieses Schriftstellers ist es wohl, auch abgesehen von anderen Gründen, das wahrscheinlichste, daß er ein Geistlicher gewesen ist, und seine Aeußerungen stimmen auch der Form nach zum Theil mit jenen canonischen überein [4]). In den späteren canonischen Rechtssammlungen tritt jene secundäre Stellung des Gewohnheitsrechts noch deutlicher hervor. So sprechen die meisten Stellen in den Decretalensammlungen, die zu dem Corpus juris canonici gehören, soweit sie von Gewohnheiten handeln, von solchen, welche als der Wahrheit, Vernunft, Freiheit der Kirche u. s. f. widerstrebend für ungültig erklärt werden. So ist ferner das "rationabilis" bey den damaligen Canonisten eine Bedingung, die bey der Theorie des Gewohnheitsrechts den ersten Platz einnimmt, und auf eine so schwankende Weise erklärt wird, daß man hiernach leicht mißfällige Gewohnheiten auf die Seite schaffen konnte [5]). Hiermit trat unserer Rechtsquelle eine sehr mäch-

---

4) Justitia vero in omnibus judiciis vigorem habeat, quia consuetudo multotiens veritati repugnat, justitia autem semper veritati concordat. Legitur enim . . . . . . alibi: recte judicate filii hominum; non dixit: secundum consuetudinem judicate. Et iterum ipse Dominus dixit: ego sum via et veritas et justitia; non dixit: ego sum consuetudo. Quidquid veritati justitiaeque repugnat, non est consuetudo, sed dissuetudo. Der Anfang der Stelle weist allerdings schon auf einen andern Grund der Abneigung gegen das Gewohnheitsrecht, auf den Kampf des römischen Rechts mit dem germanischen hin (der sich bey demselben Schriftsteller auch an einem andern Ort Lib. I. c. 19. ausspricht): Cum de justitia et de consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo juris nescia, errore nata, recedat. Vgl. II. 31. a. E.

5) Rationabilis ist ein consuetudo wenn sie nicht contra utilitatem ecclesiae (Gl. ad c. 1. X. de consue.) nicht gegen die canones (Gl. ad c. 8. 7. eod.) nicht gegen die statuta

tige Opposition entgegen, welche wohl dazu geeignet war, die Idee, daß das Gewohnheitsrecht schon in sich selbst den Grund seiner Gültigkeit habe, nicht aufkommen zu lassen, und die Juristen zu veranlassen, denselben in Folge jener Beschränkungen in etwas anderem zu suchen.

Ein neuerer katholischer Canonist, welchen das für ihn an sich lobenswerthe Bestreben, in der Verfassung und Geschichte seiner Kirche das löbliche oder dafür gehaltene recht hervorzuheben, hie und da etwas zu weit geführt hat, nennt das Gewohnheitsrecht ein in der katholischen Kirche besonders begünstigtes Recht [6]). Diese Aeußerung ist so direct den obigen Behauptungen entgegen, daß sie hier nicht übergangen werden kann. Ich weiß nicht, auf welche Gründe sie sich stützt, aber ich halte dafür, daß sie durch das Corpus juris canonici und die Natur der Sache vollkommen widerlegt wird. Allerdings finden sich in jenem Stellen, worin einzelne Gewohnheitsrechte bestätigt und anerkannt werden, z. B. gleich cap. 2. X. h. t., wo die Rechtsbeständigkeit einer kirchlichen Erwerbung von der Gültigkeit einer Gewohnheit abhieng, (weshalb auch die Glosse daraus die Regel abnimmt: consuetudinem servandam esse in donationibus in ultima voluntate factis locis religiosis). Ferner cap. 8. 9. eod, wo aber die consuetudines nicht um ihretwillen, sondern um besonderer äußerer Gründe wegen aufrecht erhalten werden u. s. f. Aber, selbst abgesehen von solchen äußeren Motiven, wird man es hoffentlich keine Begünstigung der Rechtsquelle nennen, daß sie nicht ganz und gar aufgehoben wird. Diese einzelnen Bestätigungen

---

et disciplinam ecclesiae (Gl. ad c. 5. eod.) auch nicht onerosa ist (Gl. ad c. ult. eod.) — So auch die oben angeführte Tabula Juris v. consuetudo.

6) Walter Kirchenrecht (3. Ausg.) §. 170. a. E.

werden theils der Zahl nach von den Rescissionen weit überwogen, theils durch das Gewicht derselben. Dieses Gewicht liegt, wie oben bemerkt worden ist, vor allem schon in der Prüfung nach äußeren Principien selbst, aber es fehlt auch nicht an solchen Ungültigerklärungen, die schon für sich und einzeln von Bedeutung sind. So wird von Innocenz III. im cap. 3. eod. eine auf alter Sitte beruhende Einrichtung für ungültig erklärt, welche gerade die Hauptgarantie für das sichere Bestehen des Gewohnheitsrechts war, nämlich das Finden des Urtheils durch Schöffen und Umstand. Wenn wir auch nichts hätten, als diese Verfügung, so müßte es für falsch erklärt werden, der Kirche eine Begünstigung unserer Rechtsquelle zuzuschreiben. Endlich aber und hauptsächlich wäre es eine gedankenlose Inconsequenz der katholischen Kirche gewesen, die so allgemein seyn soll als die Religion selbst, eine Rechtsquelle zu begünstigen, die auf nationeller Grundlage ruht; und so dem nationellen Princip einen bedeutenden Einfluß auf eine Verfassung zu gestatten, welche von jeher darnach gestrebt hat, sich diesen partikulären Einflüssen so viel als möglich zu entziehen. Der Vorwurf der Inconsequenz aber in Dingen, welche das Regiment betreffen, ist, soviel ich weiß, der katholischen Kirche am wenigsten gemacht worden. Auch der gegenwärtige ist nicht gegründet, der von einem ihrer eifrigsten Vertheidiger ausgeht, wiewohl ich nicht zweifle, daß derselbe jene Aeußerung vielmehr in einer günstigen Meinung gethan hat.

Ich glaube den Grund des Irrthums zu errathen. Er scheint mir in der Verwechslung der Erscheinung mit dem Wesen des Gewohnheitsrechts zu bestehen. Es ist oben schon gezeigt worden, daß die Consuetudo, das Herkommen u. s. f. für sich noch ganz und gar nicht den Begriff unserer Rechtsquelle ausmacht, ja daß es für

sich etwas bloß faktisches und rechtlich gleichgültiges ist, indem es erst durch den ihm inwohnenden Gedanken eine rechtliche Bedeutung gewinnt. Dieser Gedanke kann sehr verschieden seyn, und darum finden wir auch in unserm Recht das Herkommen in den verschiedensten Richtungen. So wird auf das Herkommen gesehen, insofern ihm eine gemeinsame Ueberzeugung innewohnt, und dieß ist die Consuetudo, die dem Gewohnheitsrecht den Namen gegeben hat. So wird es aber auch geschützt, weil ein lange faktisch bestehender Zustand die Vermuthung der Rechtlichkeit für sich hat, und dieß ist die Consuetudo, auf welche das römische Recht bey gewissen ländlichen Verhältnissen zu sehen vorschreibt. Und so finden wir endlich auch in den canonischen Rechtsquellen Vorschriften, welche die Beobachtung des altherkömmlichen dringend empfehlen, was denn auch dem oben bezeichneten Charakter der katholischen Kirchenverfassung vollkommen entsprechend ist. Wenn nun Herkommen und Gewohnheitsrecht ein und dasselbe wären, so hätte der angeführte Canonist vollkommen Recht, aber dieß ist, wie gesagt, nicht der Fall. Das Herkommen, welches das canonische Recht begünstigt, ist ein ganz anderes als dasjenige, welches eine gemeinsame Volksüberzeugung zur Quelle hat.

### 3. Das weltliche Regiment.

Wenn wir von der Kirche ab auf die weltlichen Dinge blicken, so finden wir für das Mittelalter, welches uns hier zunächst beschäftigt, zwey Umstände, welche auf ähnliche Weise wie dort in der Kirche eine dem Gewohnheitsrecht ungünstige Richtung der Ansichten erzeugen konnten, erstens nämlich, die Gewalt des Kaisers gegenüber den Völkern und ihren bisherigen Verfassungen, zweitens, die Ausbreitung des römischen Rechts, überhaupt des Jus commune im Sinne jener Zeit gegen-

über dem germanischen. Zuerst ist der Einfluß des ersten Moments, als des früheren, näher darzulegen.

Der ursprüngliche Charakter der Verfassung unter vielen germanischen Völkern war nach dem, was oben einleitungsweise angemerkt worden ist, von der Beschaffenheit, daß die Entstehung einer eigentlichen und gehörig wirksamen Staatsgewalt eher als eine Unterdrückung, denn als eine Garantie der Freiheit erschien. Jene natürliche Freiheit oder vielmehr Ungebundenheit konnte mit Recht von einer wohlgeordneten Staatsverfassung keinen Schutz erwarten. Es war nun natürlich, daß diese Ansicht der Untergebenen von der Regierung auch wiederum auf diese selbst zurückwirkte, und daß auch diese manches als Usurpation, als nachtheilig für den Staat ansah, was an sich diese Eigenschaft ganz und gar nicht hatte. Auf diese Weise entstand eine Opposition zwischen dem Regenten und der natürlichen Freiheit des Einzelnen. Beide standen sich als zwey Parteien gegenüber, und die Wahrheit, daß Oberhaupt und Unterthanen ein Ganzes bilden, und der Wille jenes auch der Wille dieser ist, kam weder zum Bewußtseyn, noch zu einer hinreichenden Wirksamkeit. Und wie jene Opposition bis auf die neueren Zeiten die Verfassung der Staaten in der Theorie und der Praxis verwirrt hat, so ist ihr Ursprung in der That schon in jenen älteren Tagen zu suchen. — Sitte und Herkommen der Völker wurde bey dieser Lage der Dinge von den der Gewalt Unterworfenen selbst, als ein ihnen zustehendes, und von ihnen gegen etwaige Usurpation zu vertheidigendes Recht angesehen, wie sich in hundert Beispielen von Uebereinkünften zwischen Kaiser und Reichsständen, Landesherrn und Unterthanen aus früheren und späteren Zeiten zeigt. Kein Wunder, daß daher auch die Regenten dieselben nicht als etwas, das aus der gemeinsamen Ueberzeugung des Volks, dem sie auch

angehörten, entstanden wäre, sondern als etwas von den Unterthanen ausgehendes betrachteten, welchem die öffentliche Gewalt hemmend entgegentreten müsse. Diese Gesinnung trat denn auch da in Activität, wo die Opposition nicht mächtig genug war, dieselbe zu verhüten. Die deutschen Völker wußten ihre Gewohnheiten gegen die Gesetze der fränkischen Könige größtentheils zu wahren, dagegen finden wir, daß Pipin als König der Lombardey festsetzte, das Gewohnheitsrecht solle dem geschriebenen Recht schlechthin weichen [7]. Wenn, wie es scheint, die Lex Bajuvariorum einen, wenn auch nicht ausschließlichen, doch vorzüglichen Werth auf das geschriebene Recht legt [8], so ist die Zurücksetzung des Gewohnheitsrechts vielleicht auf ähnliche Weise zu erklären.

Auf die Glossatoren bleiben diese Ansichten um so weniger ohne Einfluß, als das justinianische Recht selbst Stellen enthielt, an welche sie sich wohl anknüpfen ließen. Zuvörderst gehört hieher die oben gemachte Bemerkung, daß schon die Juristen des Mittelalters die Unterthanen gegenüber dem Regenten für die Quelle des Gewohnheitsrechts halten, weshalb sie denn auch die Fähigkeit, ein solches hervorzubringen, von der Fähigkeit, Statute zu machen, abhängen lassen. Irnerius behauptete, die Kraft, welche Julianus in den Pandekten der Consuetudo zuschreibt, stamme davon her, daß das römische Volk vor Alters auch die gesetzgebende Gewalt gehabt habe [9]; dasselbe war die Meinung des Placentinus

7) Lombarda Tit. qualiter judices. cap. placuit. "Placuit nobis inserere, ubicunque lex erit, praecellere consuetudinem, et nulla consuetudo superponatur legi." (Bey Walter Corp. Jur. G. ant. III. p. 617.)

8) Lex Bajuv. II. 15.

9) Gl. abrogentur. ad L. 32. de legib

tinus [10]. Auch Joannes [11], Azo [12], und Accursius [13] setzen bey einer consuetudo generalis [14] zu ihrer Gültigkeit voraus, daß princeps eam patitur. Hier wird also in der That der Grund wenigstens einer vollkommenen und allgemeinen Gültigkeit des Gewohnheitsrechts in die gesetzgebende Gewalt gelegt, entweder dessen, von dem dasselbe herrührt, oder wenn sie sich bey diesem nicht findet, in die Duldung des Gesetzgebers. Nur die partikulären Gewohnheiten bringen die Glossatoren nicht unmittelbar mit dem Gesetzgeber in Verbindung; dagegen legen sie ihnen zum Theil nur eine beschränkte Wirksamkeit bey. Diese Ansichten finden sich auch bey den Nachfolgern der Glossatoren wieder. Doch hielten auch diese auf den Satz, daß weder auctoritas noch scientia superioris zur Einführung einer partikulären Gewohnheit nöthig sey [15], und so behauptet z. B. Baldus, daß eine solche consuetudo als etwas faktisches keinen consensus auctoritatis oder publica auctoritas erfordere, und mithin auch ein excommunicirtes Volk ein gültiges Gewohnheitsrecht hervorbringen könne [16]. — Späterhin wird es z. B. von Wesenbeek [17] als die

10) Ebendaselbst und bey Odofredus ad L. 2. C. quae sit l. c.

11) Gl. ad L. 2. C. h. t.

12) Summa in Cod. h. t.

13) Gl. ad L. 2. cit.

14) d. h. die durch das ganze imperium Romanum gilt. Odofredus ad L. 2. C. h. t.

15) Man berief sich deshalb auf cap. 1. de constitut. in 6., wo gesagt wird, der Pabst wisse nicht von allen partikulären Gewohnheiten. Vgl. auch Schneidewinus ad Inst. I. 2.

16) Baldus ad L. 32. de legib.

17) Comment. in Pand. I. 3. §. 9.

gemeinere Meinung der Doctoren angegeben, daß zur Gültigkeit der Consuetudo genüge, wenn der Princeps nicht widerspreche, während andere, deren Meinung aber nicht die gewöhnliche sey, bey einem nicht republikanischen Volk scientiam et patientiam Superioris erforderten. — Mit allem diesem verträgt sich indessen dennoch die Annahme des Willens des Gesetzgebers als Grund der Gültigkeit wenn man nur nicht eine specielle Zustimmung darunter versteht, die der gemeinen Meinung allerdings entgegen war. Nur beschäftigte man sich freilich mit dieser abstracteren Frage nach dem Grunde der Gültigkeit nicht direct; die Elemente jedoch für die Antwort, welche die späteren Juristen bis auf die jetzige Zeit darauf ertheilen, kann man, wie bemerkt, allerdings schon im Mittelalter finden.

### 4. Die Romanisten.

Der zweite Umstand, der oben als einflußreich auf die Stellung des Gewohnheitsrechts angegeben worden ist, liegt in dem Gebrauch des römischen Rechts. Es ist zweierley hier zu erwähnen, einmal einige specielle Sätze der römischen Rechtsbücher selbst, dann aber und hauptsächlich die Opposition, in welche dieses Recht gegen das germanische gebracht wurde. Was das erste anlangt, so spricht das Corpus Juris allerdings von einer Prüfung der Consuetudo nach höheren Principien, nämlich nach der ratio. Was unter dieser ratio zu verstehen ist, habe ich im ersten Buch [18]) näher dargelegt, aber gerade, daß dem Wort ein so einfacher, aus dem Wesen des Gewohnheitsrechts selbst fließender Sinn zu Grunde liegt, war das Hinderniß eines richtigen Verständnisses. Dann bringen die Pandekten das Gewohnheitsrecht mit dem Volk

---

18) S. oben S. 99 fgg. und S. 119. fg.

im politischen Sinn in Verbindung, und wenigstens scheinbar auch mit der gesetzgebenden Gewalt, indem sie daraus die derogatorische Kraft der Sitte gegenüber den Leges erklären. Aber diese Aeußerung ist so beiläufig und steht so wenig mit den übrigen Sätzen der Rechtsbücher über unsere Rechtsquelle in einem nothwendigen Zusammenhang, daß sie für sich der Theorie unserer Juristen nicht die Gestalt hätte geben können, die sie namentlich späterhin in Deutschland erhalten hat. Um dazu zu gelangen, mußte man zu der Betrachtung jenes Inhalts des Corpus Juris schon eine ganz besondere Stimmung des Geistes, eine eigenthümliche Richtung der Gedanken und gewisse Vorurtheile mitbringen. Diese vorgefaßten, gar nicht aus den römischen Rechtssätzen entsprungenen Ansichten halte ich also für die eigentliche Quelle der neueren Theorie, und so wie ich bisher schon die Ansichten der Kirche und den politischen Charakter der germanischen Welt als Quellen jener Ansichten angegeben habe, so ist nun endlich als solche noch das Verhältniß zu nennen, in welches das römische zu dem germanischen Rechte trat.

In Italien war das römische Recht selbst zu einem Volksrecht geworden, es hatte daher, als die Jurisprudenz erwachte, nicht erst einen Kampf um seine Geltendmachung mit dem germanischen zu bestehen, vor welchem es vielmehr den Vorzug, den ihm die Glossatoren als einem allgemeineren Recht zusprechen konnten, schon im Lauf der italienischen Geschichte der vorhergehenden Zeiten erhalten hatte [19]). Die italienischen Juristen hatten daher von dieser Seite gar keinen Grund, gegen die germanischen Gewohnheitsrechte eingenommen zu seyn; sie waren selbst unter beiden Rechten aufgewachsen, weder das römische noch

19) Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalt. III. S. 76. 77. und Kap. 19.

das germanische Element des geltenden Rechts war ihnen ein fremdes, und wenn sie der Geist der Wissenschaft zu dem römischen Recht zog, so führte ihre öffentliche Stellung und ihr Zusammenhang mit der Anwendung des Rechts sie immer wieder zu den Sitten des Volks und der Städte zurück. Dazu kam noch, daß ein Theil dieser germanischen Gewohnheiten, das Lehenrecht, durch seine öffentliche Wichtigkeit, durch successive Aufzeichnung, und wissenschaftliche Behandlung ein bedeutendes Ansehen und eine hinlängliche Sicherheit genoß, und welchen vortheilhaften Einfluß dieß auf die Beurtheilung des Gewohnheitsrechts überhaupt äußerte, ergiebt sich aus einer auch nur flüchtigen Ansicht der Glossen und Commentarien jener Zeit. Deshalb darf dasjenige, was unsere Germanisten von der ungünstigen Behandlung des germanischen Rechts durch die "gelehrten Juristen" zu sagen pflegen, durchaus nicht schlechthin auf die italienischen bezogen werden [20]. Denn es mußten noch andere

20) Z. B. Cynus ad pac. Constant. v. secundum leges. "Si causa est commissa secundum leges et consuetudines terrarum terminanda, quod potius debet terminari secundum bonas consuetudines quam secundum leges." Baldus ad L. 32. de legib. . . . . "immo saepe consuetudines meliores sunt quam jus commune." Ferner ebendaselbst: "in casu non determinato lege nec consuetudine aliis paribus vincit simile consuetudinis secundum Ja. de ra. (oder vielleicht Ja. de ar., den Italiener, da beide in den Ausgaben zuweilen verwechselt werden). Alii dicunt quod in materia consuetudinis sequimur simile consuetudinis, sed extra materiam consuetudinis sequimur simile legis communis. Alii dicunt, sequendum quod rationabilius est. Media opinio verior est." Allerdings wurde es als communis opinio ausgegeben, daß: simile consuetudinis non vincit legem scriptam, wogegen indessen sehr angesehene Juristen, wie Fulgosius waren, und die man wenig-

Ursachen hinzukommen, um die aus ihren Büchern geschöpften Theorien dem Gewohnheitsrecht verderblich zu machen [21]).

Die ersten Spuren einer Opposition des römischen Rechts gegen die einheimische Sitte finden wir für die neuere Zeit in Frankreich. Dahin nämlich gehört die oben schon citirte Schrift des Petrus. Er bezeichnet mit einem Schimpfwort die Anhänger einer alten Sitte [22]), und mit einem gewissen gelehrten Mitleid die französischen Provinzen, wo keine juris legisque prudentia viget, sondern vielmehr sacratissimae leges incognitae sunt [23]). Endlich stellt er das Resultat der geschriebenen Gesetze als die justitia, dargelegt durch die legis peritos, der consuetudo und den idiotae gegenüber, die

---

stens nicht in allen gegen die Gewohnheitsrechte gerichteten Anwendungen zuließ. Thesaur. comm. op. Frcf. 1584. Fol. 133. v.

21) Da wo es auf das praktische ankam, wird man bey den italienischen Juristen bis in das funfzehnte Jahrhundert hinein keine wesentliche Abneigung gegen das Gewohnheitsrecht, vielmehr eine Milderung der angenommenen Theorie zu dessen Gunsten finden. So wurde z. B. die Lehre vom Beweise des G. R. ein Haupthinderniß für dessen Anwendung und Fortdauer. Damals aber galten als die herrschende Meinung manche Milderungen z. B. daß das Zeugniß eines approbatus doctor über die Existenz des G. R. hinreiche. Bartolus ad L. de quib. Lanfrancus practica judiciar. (Lugd. 1513.) Fol. 30. und viele And. Späterhin wurde diese Meinung verdrängt, so daß bald die Anhänger der entgegengesetzten die ihrige die communis opinio nennen konnten. S. Thes. c. op. cit. Fol. 138.

22) Petri except. I. 19.

23) Ibid. II. 31. inf.

sich mit der letzteren zu schaffen machen; welches in der That schon ganz die Art und Weise ist, wie sich später die Romanisten in Deutschland über die Anhänger alter Sitte erhoben haben. Daß aber diese seine Neigung für das römische Recht dem Einfluß des geistlichen, welcher oben für eine Stelle dieses Schriftstellers behauptet wurde, nicht widerspricht, das mag schon aus den drey bekannten Capitula: Super specula [24]) erhellen, welche durch die Hinneigung des geistlichen Standes zu dem Studium der weltlichen Gesetze vornämlich veranlaßt wurden. — Diese Opposition, welche sich bey Petrus ausspricht, hat auch in Frankreich Fortgang gehabt. Sie zeigt sich bey den Streitigkeiten über die Anwendbarkeit des römischen Rechts in den Provinzen der Coutumes, so wie in späteren Klagen über die Herrschaft dieses Rechs [25]), und sie hat vielleicht, neben politischen Gründen und sonstigen Veranlassungen, auch ihren Einfluß auf die Verordnung, wornach die Gewohnheiten jener Provinzen regelmäßig nur, wenn sie von dem Könige bestätigt wären, gelten sollten [26]). Uns aber führt der Zweck dieser Darstellung auf Deutschland.

Es ist kein Land, in welchem das römische Recht einen so mächtigen Einfluß geäußert hätte, wie in Deutschland, einen Einfluß, der, indem er Rechts- und Staatsmänner ergriff, nicht weniger auf die Verhältnisse des

---

24) Cap. 10. X. ne cler. vel mon. cap. 5. X. de magistr. cap. 28. X. de privileg.

25) Vgl. den Antitribonianus, dessen Verfasser es freilich mehr um die Abfassung eines allgemeinen Gesetzbuchs in philosophischem Geiste, als um die Aufrechthaltung des Gewohnheitsrechts zu thun ist.

26) (Silberrad) Historia jur. gallic. §. 13. und die Cit. in Not. f. u. ff.

Staats, zum Aergerniß und unter den lauten Verwünschungen der Oppositionspolitiker des siebzehnten und schon der früheren Jahrhunderte, als auf alle Privatverhältnisse in einem für das einheimische Recht bedrohlichen Umfang sich erstreckte. Die Schrift, welche unter dem Titel einer Reformation Friedrich III. von 1441. bekannt ist, ist schon oft als ein Zeugniß des Uebels angeführt worden, welches die Romanisten damaliger Zeit über deutsche Verfassung und deutsches Recht brachten, namentlich auch durch Verdrängung der guten deutschen Sitte in Recht und Gericht; aber gerade auf sie allein dürfte kein besonderes Gewicht gelegt werden, besonders von uns nicht, welche wir in ganz ähnlichen Verhältnissen die Ursache von fühlbaren Uebelständen von unkundigen oder leidenschaftlichen Menschen auf einer ganz anderen Seite suchen sehen, als wo sie eigentlich zu finden ist. Ja, diese Schrift ist von der Beschaffenheit und in einem solchen Geiste geschrieben, daß wir eher geneigt werden müßten, auf die Seite derer zu treten, welche in einer so unwissenden und geistlosen Manier angegriffen werden, wenn wir nicht andere Beweise hätten, als die Unzufriedenheit ihres Verfassers. Viel beachtenswerther sind die Zeugnisse von den Beschwerden der Stände in einzelnen Ländern, welche durch den Einfluß des römischen Rechts veranlaßt wurden [27].

Aber die Schriften der Romanisten jener Zeit selbst geben im allgemeinen und im besondern hinlängliche Beweise von dem guten Grund dieser Beschwerden. Im allgemeinen sprach man sich vielfach zu Gunsten der Kennt-

27) S. Eichhorn Rechtsgesch. §. 444. Note a. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt. S. auch ebendas. Not. b.

nisse aus, für welche man, wenn man sich dieselben mit Eifer und Ueberwindung mancher Schwierigkeit erworben hatte, nun auch Anerkennung und einen ihrem Werthe angemessenen Kreis der Anwendung forderte. Folgende Worte Peters von Andlau mögen hier stehen, als Gegenstück jener oben erwähnten Aeußerungen seines Namensgenossen in Frankreich. Quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur, et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt [28]. Gutmüthiger sagt später Fuchsberger [29]: .... "So (die "justinianischen Rechtsbücher") auf heutigen tag, wo nit sonder geschrybne landrecht, oder ander vernünfftig breuchig gewonhaiten, welche doch gemainklich schier all aus diesen genommen, vorhanden, inn allen Christenlichen regimenten werden gebraucht." Und er behauptet, wenn man das römische Recht etwa aufheben wollte, würde ein völlig rechtloser Zustand die Folge seyn, "und die erst vyhisch wildhait, darinn die menschen ainsam in den wälden, sich mit aichel speysten, ein yeder sterkher den schwechern bezwang, widerum fürher brechen." Daß er sich wirklich die Zeiten vor der Einführung des römischen Rechts so vorstellen konnte, das beweist die Art, wie andere Schriftsteller davon sprechen. So sagt schon der Abt von Ursberg [30]) von dem mos Teutonicorum, die sine lege et ratione voluntatem suam pro jure statuiren, und: quas literas (den Landfrieden v. 1187.) Alemanni usque in praesens Fridebrief, id est literae pacis, vocant nec aliis legibus utun-

---

28) Eichhorn a. a. O. §. 441. Not. h.

29) In der Vorrede (1535.) zu seiner Institutionenübersetzung.

30) Chron. ad a. 1175. und ad a. 1187.

tur, tanquam gens agrestis et indomita, Worte, welche jener Uebersetzer wohl vor Augen gehabt haben könnte.

Die Romanisten blieben auch nicht bey dieser theoretischen Verachtung des deutschen Rechts stehen, sie thaten vielmehr, was in ihren Kräften stand, dasselbe zu unterdrücken, indem sie die Anwendung der Rechtsquelle erschwerten, auf welcher vorzugsweise das einheimische Recht beruhte. Dieß bezeugt die ganze damalige Theorie des Gewohnheitsrechts in ihren speciellen Punkten, die Lehre von den Erfordernissen, der Kraft, dem Beweis des Gewohnheitsrechts, wie das folgende Buch zeigen wird, und was hier nicht vorausgenommen werden soll. Nur einige speciellere praktische Ansichten können schon hier zur Bestätigung des gesagten angeführt werden. Dahin gehört die Behauptung, daß man bey der Interpretation und Anwendung des Gewohnheitsrechts so wenig als möglich von dem Jus commune abweichen [31], überhaupt, daß man dasselbe, wenn es nicht mit dem Jus commune übereinstimme, strictissime interpretiren müsse [32]. Endlich aber und vorzugsweise verdient die Art und Weise überhaupt Aufmerksamkeit, in der jene Juristen Gewohnheitsrechte in ihren Schriften erwähnen. Ich meine nämlich die dem Leser älterer praktischer Werke überall aufstoßende Bemerkung, daß dieses oder jenes Gewohnheitsrecht, vorausgesetzt, daß es de facto wirklich existire, de jure gültig und wirksam sey, oder auch zuweilen nicht. An den meisten Orten, wo sie von Ge-

---

31) S. z. B. den starren Romanisten E. Cothmann Consil. I. 3. n. 70. I. 50. n. 168. sqq. II. 84. n. 43.

32) Cothmann Cons. IV. 5. n. 78. V. 1. n. 470. V. 25. n. 15. und an vielen andern Orten seiner Consilien. Gaill Observ. pract. II. 140. n. 12. und unzählige Andere. Vgl. Eckhard Hermen. Jur. Lib. II. §. 28.

wohnheitsrechten sprechen, ist diese Prüfung ein Hauptstück ihrer Betrachtungen. Dieser Umstand würde schon für sich allein hinlänglich bezeugen, mit welcher Ungunst und welchem Vorurtheil sie das Gewohnheitsrecht ansahen.

Und in der That, um das Factum auch von dieser Seite zu betrachten: wer, der unserer Geschichte einen freien Blick zuwendet, kann ihnen daraus einen Vorwurf machen? Weder das Verfahren jener deutschen Juristen selbst, die das deutsche Recht gegen das römische in den Hintergrund stellten, noch seine Folgen sind von der Beschaffenheit, daß sie die Schmähungen verdienen, mit welchen unsere Germanisten sie überschwemmt haben. Daß sie dem römischen Recht sich zuwandten, kann ihnen nur zum Lobe gereichen. Denn wer damals wissenschaftlichen Sinn und das Bedürfniß geistiger Bildung in diesem Zweige empfand, konnte keinen anderen Weg einschlagen, als diesen, welcher die wissenschaftlichen Bemühungen zu einem Gegenstand führte, der selbst ein wissenschaftlicher und dieses in einem sehr hohen Grade war. Es war aber auch kein Grund vorhanden, welcher einen redlichen, ja patriotischen Mann davon zurückzuhalten vermocht hätte. Nicht etwa die Eigenschaft des römischen Rechts als eines fremden, denn dieß war es nicht für jene Zeit; wir verdanken diese Ansicht von demselben erst dem gutgemeinten, aber sehr übel angebrachten Eifer der Germanisten. Nicht ferner seine Unangemessenheit für Deutschland, denn auch diese ist nicht vorhanden; das römische Recht hatte im ganzen durch die klassischen Juristen und durch die Modificationen, welche es unter der kaiserlichen Gesetzgebung erlitt, vollkommen die Eigenschaft erhalten, wodurch es ein Weltrecht werden, und worin es sich mit den verschiedensten Nationaleigenthümlichkeiten vertragen konnte, wie es denn diese Probe wirklich schon in dem römischen, aus den mannigfaltigsten

Volkscharakteren zusammengesetzten Reich bestanden hatte. — Die andere Seite jenes Verfahrens ist die, daß die Romanisten das germanische Recht jenen Vorzug des römischen entgelten ließen, daß sie seiner Anwendung sich entgegensetzten, und dieß ist das Hauptärgerniß, welches sie unsern Germanisten geben. Es ist allerdings natürlich, daß die wissenschaftliche Liebe, die wir zu einem von uns bearbeiteten Gegenstand hegen müssen, häufig in eine moralische umschlägt; und wie jemand, der eine Theorie des Gewohnheitsrechts zu bilden versucht, jene Juristen, deren Opposition gegen das in dieser Form bestehende germanische Recht eine falsche und verkehrte Ansicht unterstützte und nährte, vielleicht mit einem gewissen Widerwillen betrachtet, so mag der Haß, welchen die gelehrten Behandler des deutschen Rechts gegen die alten romanisirenden Juristen empfinden, in der menschlichen Schwachheit seine Entschuldigung finden. Aber die Vorwürfe, welche man ihnen macht, werden dadurch um nichts gerechter. Beide Rechte, wenn sie neben einander auf dasselbe Volk angewendet werden sollten, konnten nicht in ihrer Integrität verbleiben. Beide mußten sich modificiren, aber eines von ihnen mußte die Grundlage werden. Kein Kundiger wird aber behaupten, daß das Chaos des damaligen germanischen Rechts dazu geeignet war; überhaupt, wer sich das römische Recht und seine systematische Ausbildung nur einigermaßen im ganzen vergegenwärtigt, der muß bekennen, daß es entweder siegen oder vollkommen untergehen mußte. Freilich giebt es Länder, wo dieser Sieg des römischen Rechts nicht so sichtbar und äußerlich hervortrat, wie in Deutschland; wo er sich mehr auf die Erschaffung der ganzen juristischen Gedankenwelt beschränkte. Aber daß dieß bey uns anders war, das haben die Romanisten nicht zu verantworten. Oder sollten sie sich etwa auf das gelehrte Studium desselben beschränken, und dem

Wunsch entsagen, mit ihren hochgehaltenen Kenntnissen frisch und würdig in das Leben einzugreifen? sollten sie in ihren Studirstuben bleiben, und die Vorzimmer mit ihren Consultatoren, die Gerichtshöfe, die Sessionen der Gesetzgeber den Ungelehrten überlassen? Es ist merkwürdig, daß der bloß antiquarische Betrieb des römischen Rechts in Deutschland bald nach dem beginnenden Einfluß der Germanisten anhub, denen es mit ihren philosophischen Gehülfen zu einer gewissen Zeit so recht angelegen war, das Studium der römischen Jurisprudenz als etwas wenig im Leben brauchbares darzustellen [33]). Wir aber wollen jene alten Romanisten um so glücklicher preisen, da sie in ihren Tagen nicht auf diesen Abweg geführt worden sind.

Aber auch die Folgen des getadelten Verfahrens unserer Altvordern kann ich nicht in dem Grade als verderblich für unser Recht und für den damaligen Zustand anerkennen, wie dieß in der Regel zu geschehen pflegt. Es ist damals mehr und größeres untergegangen, als jene alten germanischen Rechtsinstitute oder ihre Reinheit, von deren Vortrefflichkeit die strengen Germanisten so viel zu sagen wissen. Wer klagt bey der Zerstörung des

---

33) Man wird dieß nicht so mißverstehen, als glaubte ich, die Germanisten seien der alleinige, oder auch nur der vorzügliche Grund der antiquarischen Behandlung des römischen Rechts. Daß der Grund dieser Erscheinung tiefer liegt, das zeigt schon ihre Allgemeinheit, indem sie sich keineswegs auf unsere Wissenschaft beschränkt. Man denke z. B. an die Philologie, die im Mittelalter und noch später in einem praktischen Sinne behandelt, und für das Leben, für die Bildung des Geistes und Herzens unmittelbar betrieben wurde, bis nachher diese Richtung von der rein gelehrten verdrängt ward, welche das Alterthum lediglich um seiner selbst willen studirte.

Tempels von Jerusalem über die Vernichtung einiger gutgefügter Steine? Das reine und unangetastete Fortbestehen des ganzen Umfangs des alten Rechts hieng von der Fortdauer der alten Gerichtsverfassung ab. Aenderte sich diese, wie es geschehen ist, so war es unmöglich, den Richter bloß auf das Gewohnheitsrecht mit seinen verschiedenen Schattirungen zu verweisen; er mußte eine sichere wissenschaftliche Grundlage haben, als deren Modification jenes betrachtet werden konnte. Nun wäre es aber zu viel Ehre, wenn man den Getadelten allein auch die Umgestaltung der deutschen Verfassung zuschreiben wollte. Dieß führt auf die Weitläufigkeit und den schlechten Zustand des gerichtlichen Verfahrens in jener Zeit. Von diesem haben indessen schon umsichtige Germanisten anerkannt, daß es nicht dem römischen, sondern vielmehr dem canonischen Rechte zuzuschreiben ist. Es findet hier wieder die Bemerkung ihre Stelle, daß die Klagen über schlechte Justiz eben so gern auf das anzuwendende Recht bezogen werden, als es unrichtig ist, hierin die Quelle der Noth zu suchen, die vielmehr in der Beschaffenheit des Processes hauptsächlich ihren Sitz hat. Jedenfalls indessen, und wenn auch nicht zu läugnen ist, daß der Sieg des römischen Rechts der damaligen Zeit selbst im einzelnen so verderblich war als andere Kämpfe, welche die Umwälzung der Zeiten mit sich brachte, so können wir, die wir die Früchte jener Drangsale genießen, am wenigsten uns darüber beschweren, wenn wir nicht mit phantastischem oder pedantischem Sinn in der eitlen Sehnsucht nach vorübergegangenen Zuständen ein Gefallen finden, statt pflichtmäßig die Dinge zu nehmen, wie sie sind. Nur auf diese Weise nämlich, nur durch das Verfahren jener verachteten Romanisten ist es möglich geworden, daß unser gegenwärtiger Rechtszustand einer Einheit, einer vollständigen wissenschaftlichen Erfassung fähig ist, und davon muß sich am Ende jeder überzeugen, der nur

nicht bey dem eitlen Gedanken stehen bleibt: es wäre doch besser, wenn das römische Recht nie die Alpen überschritten hätte. Denn setzen wir die Möglichkeit, daß das germanische Recht fortbestanden hätte in seiner Integrität, und ohne mehr oder weniger romanisirt zu werden, so hätten wir nun zwey auseinander stehende Rechte, und eine doppelte Rechtswissenschaft in einem Volk, mithin ein Unding, vor welchem, wenn es möglich wäre, auch der germanischeste Jurist erschrecken müßte. Daß aber die alten Juristen in der Romanisirung des deutschen Rechts nicht zu weit gegangen sind, sondern nur so weit, daß wir uns jene wohlthätige Folge ihres Verfahrens aneignen können, ohne doch mit unserem Recht auf die Zeiten Justinians zurückgeworfen worden zu seyn, das zeigen, wie mir scheint, unsere Handbücher des deutschen Privatrechts selbst, die ausserdem die Eigenschaft, Schriften über geltendes Recht zu seyn, völlig entbehren würden.

## 5. Theorien.

Drey Momente bilden nach dem bisherigen die ursprüngliche Quelle der Theorien über die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts und ihren Grund: die Stellung des Gewohnheitsrechts in der Kirche, die Geschichte der Verfassung und der Ansichten über Staat und Staatsgewalt, das Verhältniß des germanischen Rechts zum römischen; und aus der Verbindung derselben erklärt sich auf das vollständigste, wie man auf die Frage nach dem Grund jener Gültigkeit kam. Aber auch diejenigen, welche von jenen Einflüssen nicht unmittelbar beherrscht wurden, konnten diese Frage nicht wohl vermeiden, wenn sie von unten, von der Erscheinung unserer Rechtsquelle ausgiengen, und wie es wohl geschehen ist, sich nicht allzuweit davon entfernten. Denn wenn man fand, daß der Gebrauch, die Anwendung Recht machen sollte, so

konnte wohl gefragt werden, aus welchem Grunde und welcher Macht dieser factische Umstand zu einem solchen Vorzug komme; und man mußte auch auf diesem Wege zu einem dem Wesen der Sache widersprechenden Resultat gelangen, eben weil man nicht in das Innere jener Erscheinung des Gewohnheitsrechts in der Anwendung eindrang.

Es lassen sich zwey Classen aus den verschiedenen Theorien über jene Frage bilden. Ich erwähne zuerst diejenige, wornach die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts ihren Grund in dem Recht der Autonomie hat [34]. Das Fundament dieser Ansicht ist, daß das Gewohnheitsrecht selbst ein autonomisches Recht sey. Dieß ist oben (Kap. 2. §. 3.) widerlegt und gezeigt worden, daß unsere Rechtsquelle sich von der Autonomie nicht weniger als von der Gesetzgebung unterscheide, ja daß sie noch weiter von jener als von dieser abstehe. Damit fällt diese Begründung von selbst hinweg. Wenn man nicht den Begriff der Autonomie selbst so lax gefaßt hätte, daß dieses der germanischen Welt eigenthümliche Institut auf alle Völker paßt, so würde man schon dadurch von jener Begründung abgebracht worden seyn, daß sie jedenfalls nur für das Gewohnheitsrecht der modernen Welt möglich wäre. Aber auch abgesehen davon ist die Autonomie immer eine unregelmäßige Rechtsquelle, als ein von den Unterthanen gegenüber der Staatsgewalt ausgehendes Recht, und wer wird für das regelmäßige, immer bestehende den Grund in dem anomalen, durch die besonderen Zustände und Bedürfnisse dieser oder jener Zeit hervorgerufenen suchen? Kein Romanist würde dem Gewohnheitsrecht so viel geschadet haben, als die Germa-

34) S. hauptsächlich Weiße a. oben a. O. §. 2. Eichhorn Einleitung ins d. P. R. §. 26.

nisten, von welchen diese Theorie hauptsächlich ausgegangen ist, wenn sie damit durchdrängen, und die Lehre nach diesem Princip consequent gestalteten [35]). Wenn Eichhorn an dem angeführten Ort die Behauptung, daß es nur partikuläre Gewohnheiten gebe, einer unphilosophischen Ansicht von der Bedeutung des positiven Rechts zuschreibt, so zeigt er durch seine Theorie im Gegentheil selbst, daß dieser Vorwurf auch die Germanisten, und ihre Versenkung in die Partikularitäten der deutschen Verfassungs- und Rechtsbildung trifft. Denn wenn das Gewohnheitsrecht zurückgeführt wird auf ein Recht, das Einzelnen zusteht, nämlich den Unterthanen gegenüber der Regierung, so wird eben dadurch die Möglichkeit eines Gewohnheitsrechts für ein ganzes Volk, das nicht zugleich Ein Staat ist, schlechterdings geläugnet. Ja, da dasjenige, was viele oder alle Einzelne als Recht setzen, darum noch immer nichts allgemeines ist, so würde, selbst wenn das gesammte deutsche Volk Einer Staatsgewalt unterworfen wäre, das, was die Glieder desselben autonomisch, ausdrücklich oder stillschweigend, festsetzen, nur eine zufällige, nicht aus seiner Entstehung selbst folgende Allgemeinheit haben, was auch von den Gegnern eines gemeinen Gewohnheitsrechts, und zwar gegen solche Argumente allerdings mit Recht eingewendet worden ist. — Endlich aber stehen wir mit dieser Beantwortung der Frage noch keineswegs am Ziele. Denn wenn man nur diesen zufälligen, anomalen Grund als den der Gültigkeit unserer Rechtsquelle aufstellt, so entsteht, und hier mit vollkommenem Rechte, die weitere Frage, aus welchem Grund denn dieser Grund gültig sey? und daher finden wir denn auch, daß solche, die diese erste Ansicht haben, doch auch der zweiten Theorie zugethan sind, zu welcher nun überzugehen ist.

Die

35) S. im folg. Buch die Lehre von der Wirksamkeit des G. R.

Die zweite Classe von Ansichten über unseren Gegenstand, so mannigfaltig auch die nähere Ausführung bey den einzelnen Schriftstellern seyn mag, hat den gemeinschaftlichen Satz, daß nach ihr der Wille des Gesetzgebers Grund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts ist. Auch hier muß ich mich auf die Untersuchungen über den Begriff des Gewohnheitsrechts im zweiten Kapitel dieses Buchs berufen, mit deren Resultat, sofern es im wesentlichen richtig ist, diese Ansicht nicht bestehen kann, die mithin auch schon die Widerlegung derselben enthalten. Nur folgendes soll daher hier noch eine Stelle finden. Dieselben Gründe, aus denen im Eingang des gegenwärtigen Kapitels behauptet worden ist, daß in der Existenz einer Staatsgewalt kein Grund zu einem Zweifel an der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts liegt, stehen auch ihrer Aufstellung als Grund dieser Gültigkeit entgegen. Wenn nämlich die Quelle dieses Rechts die natürliche und nationelle Uebereinstimmung der Ueberzeugung ist, so kann die Staatsgewalt schon deshalb nicht der Grund ihrer Gültigkeit seyn, weil vielmehr gerade umgekehrt die Existenz dieser selbst ursprünglich von der Wirksamkeit jener Volksüberzeugung abhängt. Denn es lassen sich drey Wege für die ursprüngliche Entstehung der Verfassung denken. Entweder nämlich ist eine öffentliche Gewalt bestellt worden und mithin der Staat entstanden, durch einen Vertrag unter den künftigen Gliedern desselben, oder durch Gewalt, oder endlich durch jene natürliche und nationale Uebereinstimmung. Das erste ist nun zwar eine unter den Philosophen voriger Zeit und denjenigen, die ihnen noch heutzutage anhängen, sehr gäng und gebe Fiction, eine Fiction, die an Kühnheit alles zurückläßt, was man von den römischen Juristen in diesem Fache zu sagen weiß; es mag aber wohl verstattet seyn, im Vertrauen auf den jetzigen Geist der Philosophie sie auch als Fiction, geschweige denn als eine historische Behauptung,

für beseitigt anzunehmen. Wäre aber eine Staatsgewalt auf dem zweiten Wege entstanden, so würde sie ohnedieß nicht verdienen, daß man sie, etwas völlig unvernünftiges, als den rechtlichen Grund irgend eines anderen ansähe; wir brauchen daher bey einer Erörterung der Möglichkeit oder Unmöglichkeit dieser Entstehung uns hier nicht aufzuhalten. Es bleibt also nur der dritte Weg, und wenn mithin die Gesetzgebung selbst erst durch jene gemeinsame Ueberzeugung entstanden ist, so kann sie nicht umgekehrt der Grund ihrer Gültigkeit seyn. Ferner liegt die Entstehung der gemeinsamen Ueberzeugung weit über die Sphäre der Staatsgewalt hinaus, keine irdische Gewalt überhaupt vermag sie zu erreichen. Man kann also nur von einem Einfluß der Gesetzgebung auf die Geltendmachung, auf die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts sprechen. Gesetzt nun aber auch, daß ein Gesetzgeber die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts völlig aufheben könnte (denn auch dieses wird derjenige nicht behaupten, der die unzähligen nicht bloß äußeren, sondern auch inneren und verborgenen Wege bedenkt, auf welchen sich eine nationelle Ueberzeugung Bahn zu machen vermag), könnte man darum sagen, der Grund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts sey die Staatsgewalt? — ich müßte denn auch der Grund des Lebens meines Nachbars seyn, weil ich ihn etwa todtschlagen kann.

Es wäre nach den obigen Bemerkungen über den Gehalt der vorliegenden Frage überhaupt, eine fruchtlose Mühe, alle die einzelnen Modificationen durchzugehen, unter welchen die neueren Schriftsteller den Willen des Gesetzgebers als den Grund der Gültigkeit behauptet haben. Ueberhaupt haben weniger diese einzelnen Verschiedenheiten als die Ansicht im allgemeinen einen praktischen Einfluß gehabt; dieser Einfluß aber ist es vornämlich, welcher das literärgeschichtliche Interesse einer Ansicht in

unserer Wissenschaft bestimmt. Manche betrachteten die Frage als eine rein gelehrte, ohne also aus der Beantwortung Folgen für die Beurtheilung einer Rechtsgewohnheit zu ziehen. Andere hingegen und die meisten zogen daraus ein Erforderniß für die Existenz des Gewohnheitsrechts, und in Beziehung auf diese ihre Folge werde ich noch einmal im folgenden Buch bey den s. g. Erfordernissen des Gewohnheitsrechts auf diese Theorien zurückkommen. Die Aelteren gestalteten das Erforderniß als den "Consens" des Gesetzgebers, und es kam nun darauf an, ob derselbe ein genereller oder ein specieller, ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender seyn müsse oder dürfe [36]. Mit dem generellen stillschweigenden Consens war nun freilich so gut wie nichts gesagt, und es war dieß die unschädlichste von allen Meinungen. Bey dem generellen ausdrücklichen konnte man zum wenigsten für die Gegenwart auf die Gesetze des Corpus juris civilis und canonici, und auf die Reichsgesetze verweisen, worin dieser Consens als allgemeines Recht schon gegeben sey, und auch diese Meinung war also an sich von keiner großen praktischen Bedeutung. Der specielle Consens konnte dem Gewohnheitsrecht gefährlicher werden. Aber wenn man einen stillschweigenden verlangte, so konnte man durch den Mißbrauch des Begriffs: Consens nachhelfen, was man denn auch redlich gethan hat; und ein ausdrücklicher, der eigentlich unsere Rechtsquelle aus der Reihe der Rechtsquellen wegnahm, wurde doch von wenigen gefordert,

36) S. die Kataloge über diese Meinungen bey Volkmar Beitr. zur Theorie des G. R. (1806.) S 10. ff. Klötzer Versuch eines Beitr. zur Revision d. Theorie des G. R. (1813.) §. 14. ff. Diese Aufzählungen ließen sich noch beträchtlich vermehren, aber es ist dessen ungeachtet hierin schon genug geschehen.

da es nur wenige geradezu und freimüthig auf diese Vernichtung anlegten. Späterhin hat man dem "Consens" den passenderen Ausdruck: Wille des Gesetzgebers substituirt [37].

Zum Schluß habe ich noch Schriftsteller zu erwähnen, bey welchen ich eine Andeutung richtigerer Ansichten, oder wenigstens eine Ahndung derselben gefunden habe. Sicherlich ist nur der zu geringe Umfang meiner Lectüre, oder meine Vergeßlichkeit (welche freilich da, wo man so oft das nämliche liest, wie in den Schriften über diese Materie, keine Entschuldigung verdienen würde) daran schuld, daß ich bloß zwey nennen kann, wenn ich mich nämlich auf die vergangene Periode der Jurisprudenz und die ihr Angehörigen beschränke. So viel aber ist gewiß, daß wie viele auch ihrer gewesen sind, die gleich den zu nennenden auf besserem Wege waren, ihr Einfluß auf Mit- und Nachwelt gering war, es mag nun in ihren Darstellungen selbst oder in einem sonstigen Umstand der Grund davon gelegen haben. Der eine davon ist Ch. L. Crell [38]), welcher zur Begründung des Gewohnheitsrechts den tacitus consensus principis für überflüssig hält, da schon die vox naturae et aequitatis dazu hinreiche, welche ihm freilich nur das Bedürfniß ist, rechtliche Principien zu haben, wo geschriebene Gesetze fehlen. Aber er traut dieser seiner Behauptung selbst nicht recht, und darum setzt er hinzu, daß wir auf jeden Fall doch gewöhnlich einen ausdrücklichen generellen Consens in den einzelnen Ländern, und namentlich in Deutschland hätten. Der zweite Schriftsteller ist J. C. Lan-

---

37) Volkmar a. a. O. S. 24. fgg.

38) Observationes de origine et virtute juris non scripti (resp. C. G. Uswald) Vitemberg. 1739. §. 2. in f.

ge [39]), welcher viel bestimmter und richtiger sagt, das Gewohnheitsrecht habe seine Wirksamkeit nicht durch Verordnungen, dieselbe beruhe vielmehr auf demselben Grunde, wie die der Verordnungen selbst, nämlich auf der „allgemeinen Meinung unter den Bewohnern des Staats," wobey nur die Unbestimmtheit des letzteren Ausdrucks zu tadeln ist. — In der neusten Zeit aber ist es in einem der besten Handbücher ausgesprochen, daß die Autorität des Gesetzgebers nicht nöthig sey zur Gültigkeit des Gewohnheitsrechts [40].

---

## Viertes Kapitel.

## Von dem Werth des Gewohnheitsrechts.

> Magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

---

### 1. Einleitung.

Als das Verlangen nach umfassenden Gesetzbüchern Savigny veranlaßte, über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft zu schreiben, war es das gemeine Recht und die Form, in welcher es in Deutschland besteht, was er der bildenden Macht der Wissenschaft erhalten und zurückgeben wollte. Wenn nun hierbey zur Sprache kam, daß die unmittelbare Volksüberzeugung die älteste Rechtsquelle ist, so konnte allerdings vielleicht bey Manchen, welche der Geist dieses

---

39) S. die oben alleg. Schrift §. 10. und 16.

40) Mühlenbruch doctr. pand. §. 38.

Mannes bewegt hatte, eine Vorliebe für das Gewohnheitsrecht entstehen. Es kann so leicht geschehen, daß in einer bewegten Zeit eine vergebliche, und darum unlöbliche Sehnsucht nach der verschwundenen Einfachheit alter, vorübergegangener Zustände entsteht. Uebrigens ist diese Verirrung, wenn man es so nennen will, edler Art, und von solchen kommt man leicht wieder zurück.

Doch dem sey, wie ihm wolle; mag eine solche Sehnsucht der härteste Tadel treffen, wenn nur die Thatsache richtig ist, daß sich wirklich Einige dadurch haben befangen lassen, eine Thatsache, deren Wahrheit ich wenigstens nicht zu beweisen vermöchte. Aber was soll man dazu sagen, wenn die philosophische Schule, welche sich in der Jurisprudenz als Gegnerinn Savigny's berühmt gemacht, die Vorstellung hat oder wenigstens äußert, daß dieser, weil er den Einfluß der Gesetzgebung zu beschränken sucht, jene älteste Rechtsquelle als die vortrefflichste anpreise [1]? Dieses Mißverständniß ist so stark, daß es nur durch andere, noch viel crassere Behauptungen in derselben Richtung und aus derselben Quelle glaublich wird. Denn es war das gemeine Recht in Deutschland, welches Savigny gegen neue allgemeine, an seine Stelle zu setzende Gesetzgebungen in Schutz nahm; von diesem aber weiß jedermann, daß es als Ganzes durch die unmittelbare Volksüberzeugung weder entstanden ist, noch gegenwärtig aufrecht und lebendig erhalten wird. Dieser Irrthum ist eine Folge der Meinung, daß es ausser der Volkssitte und dem Gesetz gar keine Quelle des Rechts gebe, und jene Schriftsteller, welche die Wissenschaft so oft im Munde führen, haben dieselbe gerade da vergessen, wo es darauf ankam, eine Probe des ge-

1) Hegel im Naturrecht, und eben so auch Gans System des röm. Civilrechts (1827.) besonders S. 183.

priesenen Wissens abzulegen. Allerdings konnten sie durch ihre Opposition und Abneigung gegen die gründlichere Jurisprudenz zu dem Vorwurf der Ueberschätzung verleitet werden, während Savigny, sowie auch Hugo [2]) das Gewohnheitsrecht nur in seine Rechte gegen frühere flache Ansichten über die Entstehung des Rechts einzusetzen suchten. Aber wenigstens dem zweiten der in der Note 1. genannten Schriftsteller mußte es nicht unbekannt seyn, daß unsere Rechtsquelle gleichen Schutz auch bey Andern gefunden hat, welche einer sehr selbstständigen Stellung in der gegenwärtigen Jurisprudenz genießen, und von denen niemand behauptet, daß sie den Ansichten jener Gelehrten einen übermäßigen Einfluß auf ihre Ueberzeugungen verstatten.

Ich habe das bisherige hauptsächlich zu dem Zweck vorausgeschickt, um gleich im Eingang den mehr negativen als positiven Inhalt dieses Kapitels anzudeuten. Sonst halte ich es jetzt im ganzen allerdings für überflüssig, davon zu sprechen, wie in diesem oder jenem Fall von den genannten Schriftstellern Ansichten Anderer mißverstanden worden sind, da solche Mißverständnisse in juristischen Dingen theils häufig absichtlich zu seyn scheinen, theils glücklicherweise angefangen haben, ihr Interesse nachgerade zu verlieren. — Wenn nun hier von dem Werth des Gewohnheitsrechts gehandelt werden soll, so versteht es sich von selbst, daß nur der relative gemeint seyn kann, der Werth, welcher unserer Rechtsquelle in dieser oder jener Zeit, in dieser oder jener Verfassung, namentlich bey dieser oder jener Beschaffenheit der Gerichtsverfassung, überhaupt unter gewissen Umständen zukommt. Da dieß sonach ein unerschöpflicher Gegenstand ist, so werden auch mir einige Worte darüber vergönnt

---

2) Civil. Magazin. IV. 4.

seyn, welche in der Beleuchtung einiger Einwendungen gegen das Gewohnheitsrecht in verschiedenen Beziehungen bestehen sollen, und wovon mich Mangel an hinreichender Erfahrung abhalten würde, wenn es hier um erschöpfende Vollständigkeit zu thun wäre.

Der Werth einer Rechtsquelle kann von zwey Seiten in Betrachtung gezogen werden, und von beiden Seiten ist auch der Werth des Gewohnheitsrechts und seiner Quelle angegriffen worden: von Seiten des Inhalts nämlich, den sie hervorbringt, und von Seiten der Form ihres Bestehens, soweit sie in beiden Rücksichten etwas eigenthümliches, ihr zunächst angehöriges hat. Von diesen beiden Seiten soll nun in Beziehung auf unsere Rechtsquelle abgesondert gehandelt werden.

1. Werth des G. R. von der Seite seines Inhalts.

Es ist hier im voraus zu erinnern, daß das Gewohnheitsrecht nicht zu allen Zeiten bey einem Volke gleich umfassend ist. Wir finden, daß in der Kindheit und früheren Jugend eines Volks sein Recht vorzugsweise durch die stillschweigende Uebereinstimmung der Ueberzeugung hervorgebracht wird, und als Gewohnheitsrecht besteht, während in späteren Zeiten dieser unmittelbare Einfluß des Volks zwar niemals verschwindet, aber doch zurücktritt und sich verringert. Namentlich wird es in seinem Verhältniß zu dem Recht abgelöst durch die Juristen, durch welche das, was als Recht vermöge äußerer Autorität, des Gesetzes oder der Sitte, galt, auf eine innere Nothwendigkeit zurückgeführt, aus wissenschaftlichen Gründen, als System gewußt, und auf diesem Wege weiter fortgebildet wird. So wird in den gegenwärtigen Zeiten Deutschlands weit weniger Recht durch die bloße, unmittelbare Volksüberzeugung hervorgebracht, als früherhin, ja für das gemeine deutsche Recht ist diese Quelle jetzt

unbedeutend, während sie bis gegen das Ende des Mittelalters hin fast die einzige Rechtsquelle war, welcher gegenüber nur noch die Autonomie in Anschlag kommt.

Der Grund dieser quantitativen Verschiedenheit in dem Einfluß unserer Rechtsquelle ist nicht verborgen. Er liegt in ihrem Charakter selbst, darin nämlich, daß sie eine unmittelbare Volksthätigkeit ist und eine natürliche Grundlage hat, wornach die Bildungsstufe und die Natur des Volks auch den unmittelbarsten Einfluß auf sie haben muß. Nun besteht aber der Bildungsgang eines Volks in seinem natürlichen Sinn, der hier zur Sprache kommt, darin, daß die natürliche Verwandtschaft auch des Geistes, welche seinen Begriff ausmacht, immer mehr an Innigkeit, und somit auch an Produktionskraft verliert. Das Ganze löst sich allmählich in einzelne Zweige auf, welche dann theilweise selbst Völker werden, indem sie das bisherige Volk aufheben, und die endlich selbst wiederum dasselbe Schicksal erfahren. So lange ein Volk besteht, wird es auch thätig seyn, aber diese Thätigkeit wird eben, weil sie von einem natürlichen Leben, von einer natürlichen Kraft ausgeht und abhängt, größer und geringer seyn; sie wird größer seyn und geringer werden. Jener Einfluß der inneren Geschichte des Volks auf die Rechtsbildung wird durch äußere Umstände modificirt, und so auch gewissermaßen aufgehalten, aber der Natur der Sache nach nie vermieden werden können, wie Rom als ein Beispiel dafür dient. Auch begünstigt und beschleunigt kann jener Gang werden durch äußere Verhältnisse, wie dieß vielleicht in Deutschland der Fall war, aber darum dürfen im großen solche Verhältnisse doch nicht als der eigentliche Grund der Sache angesehen werden. Ueberhaupt drückt sich jene Geschichte bey den einzelnen Völkern in sehr mannigfaltigen Formen ab, welche eben die Geschichte *dieser* Völker bilden; so ist

auch in Deutschland der gegenwärtige Umfang des Gewohnheitsrechts, wie er vorhin im allgemeinen bezeichnet worden ist, auf eine eigenthümliche Weise vermittelt worden. Näher auf dieselbe einzugehen, würde diesem Orte nicht angemessen seyn; nur dieß will ich bemerken, daß sie es ist, welche den eigentlichen Gegenstand der Geschichte ausmacht. Mit jenem allgemeinen Satze über die Volksgeschichte ist noch beziehungsweise wenig gesagt; nur als Richtschnur dient er, die wahren Ursachen in dem Gang der Geschichte nicht zu verfehlen, und so kann er namentlich auch für die gegenwärtigen Betrachtungen genügen.

Aber auch dieß wenige, was ich so eben im allgemeinen über den Grund jener verschiedenen Bedeutung des Gewohnheitsrechts gesagt habe, könnte manchem schon zu viel scheinen. Deshalb will ich hier einen anders denkenden Schriftsteller aus der allerneusten Zeit anführen, mehr zur Entschuldigung des bisher gesagten, als weil es nöthig wäre, seine Ansichten über diesen Punkt noch besonders zu widerlegen. Der zweite von den oben in Note 1. Citirten, hat die Meinung, daß das Gewohnheitsrecht in der neuesten Zeit fast alle seine Bedeutung verloren habe. Daß dieß ganz falsch ist, soll hier nicht weiter urgirt werden; gewiß hat ihn nur die Absicht, die vermeintliche Vorliebe der historischen Schule für dieses Recht in ein recht unvernünftiges Licht zu stellen, zu dieser Behauptung verleitet, von deren Unrichtigkeit er sich bey einigem Nachdenken selbst wohl überzeugen wird. Uns ist es hier nur um die Gründe zu thun, aus welchen er dieses Resultat herleitet. Um ihm nicht Unrecht zu thun, so ist sein Hauptgrund (obwohl er ihn erst secundo loco aufstellt) der, "daß in einer Zeit, wo die Macht des Allgemeinen über das Individuelle so sehr erstarkt ist, diesem die Breite der Selbstgesetzgebung kaum mehr zugestanden werden kann." Er versichert uns al-

so von demjenigen, was aus natürlichen Gründen nicht mehr, oder nicht mehr in dem früheren Umfang existirt: es dürfe ihm diese Existenz nicht mehr zugestanden werden. So thöricht das Beginnen wäre, dem deutschen Gewohnheitsrecht, wenn das Alter und der Zustand des Volks einen bedeutenden Umfang und Einfluß desselben zuließe und erzeugte, diese Bedeutung nicht zugestehen zu wollen, so unangemessen ist es nun, nachdem es diesen Umfang und diese Wichtigkeit aus Gründen, die in seinem Begriff liegen, verloren hat, von einem Nichtgestatten derselben zu sprechen. Noch mehr, als hier, stellt der genannte Autor in einem zweiten Grund das, was in dem Wesen der Sache liegt, als ein Erzeugniß der Willkühr und des Zufalls dar. Der zweite Grund (eigentlich sein erster) besteht nämlich darin, daß "die Gesetzgebung in ihrer Thätigkeit schnell genug bey der Hand war, um keine Gewohnheit mehr aufkommen zu lassen." Unglücklicherweise hat er damit neben seiner Unkunde (obgleich ganz gegen seinen Willen, wie ich glaube) einen sehr harten Tadel gegen die deutsche Gesetzgebung ausgesprochen. Um nämlich nicht zu sagen: die Gesetzgebung lasse keine Sitte mehr aufkommen, hat er den Ausdruck: Gewohnheit gebraucht. Dieser aber ist sehr unbestimmt; auch ein Gesetz kann und wird nach einem gewissen Zeitverlauf Gewohnheit werden. Eine Gesetzgebung läßt keine Gewohnheit mehr aufkommen, heißt also in der That nichts anderes, als: ein Gesetz jagt das andere. Zu unserem Heile ist jedoch dieser Vorwurf im ganzen ungegründet.

Was bisher von der gegenwärtigen geringeren Bedeutung des Gewohnheitsrechts gesagt worden ist, betrifft hauptsächlich nur das gemeine deutsche Recht. Es ergiebt sich nun schon aus dem obigen, daß dieselben Gründe, welche jene quantitative Verschiedenheit zu den verschiedenen Zeiten eines Volks erzeugen, auch noch eine andere

hervorbringen. Mit der Abnahme nämlich der innigen Verwandtschaft unter den Gliedern eines Volks im ganzen geht Hand in Hand die Zunahme der partikulären Bildung von abgesonderten Stämmen und Partien desselben. Der Anfang dieser Bildung kann und wird regelmäßig schon in frühe Zeiten fallen; aber während früherhin das Ganze das weit überwiegende ist, so werden es nachher diese einzelnen Zweige. So kommt es denn, daß die productive Kraft der natürlichen Verwandtschaft sich immer mehr und mehr in das partikuläre zurückzieht, wo das nationelle Band noch sehr mächtig seyn kann, während es für das ganze Volk schon ziemlich lose geworden ist. Daher kann das partikuläre Gewohnheitsrecht noch bedeutend genug seyn, wenn das gemeine seine Bedeutung schon verloren hat. So ist es namentlich in Deutschland, wo es auch gegenwärtig sehr viel provincielles und locales Gewohnheitsrecht giebt. Und in diesen kleineren Kreisen ist dasselbe an sich auch keiner ihm nachtheiligen Concurrenz mit dem Juristen- oder dem gesetzlichen Recht ausgesetzt, da es weder eine Localwissenschaft, noch in der Regel eine Localgesetzgebung giebt. Hier ist also in der That die Gesetzgebung nicht "gleich bey der Hand," es müßte denn so seyn, daß sie alles locale und partikuläre aufhöbe.

Nach diesen Vorbemerkungen gehe ich zur eigentlichen Aufgabe, zur Betrachtung des Werths des G. R. von Seite seines Inhalts über, also des Rechts, welches durch unsere Rechtsquelle entsteht. Der Werth eines Rechts bestimmt sich nach dem Volk und dem Staat, welchem es angehört, darnach also, ob es theils für sich der Bildung des Volks, auf ihrer jetzigen Stufe sowohl als in Absicht auf ihre fortschreitende Bewegung, entspricht, theils mit den übrigen Seiten des öffentlichen Lebens im Einklang steht. Endlich ist, da dieselbe bey

uns nicht mit jenen zusammenfällt, auch die Religion ein Maßstab für den Werth eines Rechts. In dieser letzteren Hinsicht hat keine Rechtsquelle vor der andern etwas voraus, und wenn dieß wäre, so wäre im Vertrauen auf den Wahlspruch: vox populi vox Dei der unsrigen ein Vorzug zu gestatten. Hinsichtlich des ersten Punktes, der Uebereinstimmung mit Bildungsstufe und Bedürfniß, springt der Werth des Gewohnheitsrechts seinem Begriffe nach von selbst in die Augen, und bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Dagegen kann es allerdings seyn, daß in Beziehung auf den zweiten Punkt, der Anschließung an die sonstigen öffentlichen Verhältnisse, gerade das Gewohnheitsrecht dieser Forderung nicht genügt.

Es versteht sich, daß hier nur von einem Mangel die Rede seyn kann, welcher in der Natur dieses Rechts selbst liegt; denn sonst kann jedes Recht, es sey entstanden aus welcher Quelle es wolle, hinter der Erfüllung dieser Bedingung ebenfalls zurückbleiben. Wir müssen eine gemeinsame Ueberzeugung des gesammten Volks, welches auch den Staat bildet, und eine partikuläre unterscheiden. Von dem gemeinen Gewohnheitsrecht läßt es sich wohl behaupten, daß es der Verfassung conform seyn werde; wenigstens, wenn dieß nicht der Fall ist, kann die Verfassung ebensowohl daran schuld seyn, als das Recht. Ja, im Zweifel und da Verfassung und Recht einander gleich stehen, und keines das andere schlechthin dominirt, wird in einer Collision der Verfassung und jenes gemeinen Gewohnheitsrechts, eben weil dieses aus dem Geist des Volks unmittelbar und auf natürlichem Wege hervorgeht, eher ein Grund gegen eine Verfassung liegen, welche dem Volk, als gegen ein Volk, welches der Verfassung nicht entspricht. Doch hat diese Frage für uns weniger Wichtigkeit. Wir wenden uns daher zu dem partikulären Gewohnheitsrecht, welches in unse-

ren Staaten, theils aus den oben angeführten natürlichen Ursachen, theils, weil die Staaten häufig aus verschiedenen nationellen Elementen zusammengesetzt sind, das gewöhnliche ist. Auch eine Collision der partikulären Gewohnheitsrechte mit der Verfassung war in den älteren Zeiten Deutschlands wohl sehr selten, weil die letztere theils überhaupt noch auf einer tieferen Stufe stand, theils insbesondere sich selbst mehr ins partikuläre hineinbildete. In unseren Zeiten, wo die allgemeinen Interessen das Hauptziel der Verfassungen bilden, gegen welche die partikulären mehr und mehr in Schatten gestellt werden, kann ein solcher Conflict sehr leicht eintreten. So liegt es z. B. ganz nahe, daß in einzelnen Strichen eines Landes über ländliche Verhältnisse Gewohnheitsrecht entsteht, welches den partikulären Interessen dieses Bezirks ganz angemessen seyn mag, aber gegen manche allgemeine, dem gemeinsamen Wohl entsprechende Verfügungen der Staatsregierung über Agriculturgegenstände hemmend eingreift. Eben so kann es leicht kommen, daß die Verwaltung in anderen Zweigen, in Beziehung auf Handel und Verkehr, öffentliche Sicherheit, Gesundheit u. s. f. mit partikulären Gewohnheiten in Collision geräth. Die Möglichkeit, ja die Wahrscheinlichkeit solcher Collisionen ist schon durch die Eigenschaft dieses Rechts, als eines partikulären, gegenüber der das gemeinsame vertretenden Verwaltung gegeben.

Einer unruhigen, zerstörungslustigen Zeit, wie wir sie gehabt haben, wäre es allerdings angemessen, um dieses Umstands willen dem Gewohnheitsrecht seine Wirksamkeit, soweit es geschehen kann, völlig abzuschneiden. Dieß würde um desto natürlicher scheinen, je weniger eine Politik auf wahrhafte Ausgleichung des partikulären mit dem allgemeinen, wobey jedes zu seiner gleichmäßigen, gerechten Geltung kommt, bedacht wäre; je mehr

man in der Ausbildung der Staatsverhältnisse auf eine generalisirende Gleichmachung, mit Zurücklassung und Abstraction von allem besonderen ausgienge. Man kann indessen annehmen, daß heutzutage jenes Verfahren, womit man sich scheinbar allerdings am leichtesten aus der Sache ziehen könnte, keinen berufenen und gewichtigen Vertheidiger mehr finden wird. Man hat sich, wenigstens theoretisch, überzeugt, daß eine auf Dauer und Kraft Anspruch machende Verfassung in der organischen Verbindung des besonderen und allgemeinen bestehen muß; daß, wenn eine überwiegende Geltendmachung des partikulären in chaotischer Zerrüttung aufhört, auf der anderen Seite seine Zerstörung eben so sicher den Tod des Ganzen herbeiführen wird; daß endlich, um mich dieses Bilds zu bedienen, die Schöpfung damit nicht vollendet ist, wenn das Licht über die Wasser scheint, sondern vornämlich dazu gehört, daß es auch noch etwas anderes bescheine. In der That, wenn das Regieren nur dadurch geschieht, daß etwas regiert wird, so würde wohl keine Regierung eine solche genannt werden können, welche das, was regiert werden soll, auf die Seite schaffte. Auch wird es, da die Gewohnheitsrechte zwar nicht unmittelbar auf dem Papier, aber darum doch auch nicht im finstern existiren, keine unüberwindliche Schwierigkeit seyn, das Hinderniß, welches sie in diesem oder jenem einzelnen Falle der Bethätigung des gemeinsamen Interesses entgegenstellen, zu erkennen, und nach Befinden in den einzelnen Fällen zu beseitigen. Auch hat man nie daran gezweifelt; ja der bisher erörterte Umstand hat dem Gewohnheitsrecht in unseren Tagen am wenigsten Gegner zugezogen. Viel wichtiger schien ein anderer Uebelstand, welchen unsere Rechtsquelle herbeiführen soll, und der nun noch ins Auge zu fassen ist.

Die Menge von partikulären Rechten in Deutschland

ist als ein Greuel, und als ein Haupthinderniß einer guten Justiz angesehen worden, und da das Gewohnheitsrecht unserer Tage vorzugsweise partikuläres ist, so konnte unsere Rechtsquelle dem Vorwurf nicht entgehen, einen vermeintlich so widersinnigen, unbequemen, und verworrenen Rechtszustand hervorzubringen und zu erhalten. Einen widersinnigen Zustand, weil es doch offenbar absurd sey, daß über dem Fluß drüben ein anderes Recht gelten sollte als hüben, unter den Genossen desselben Staats, unter derselben Gerichtsbarkeit. Einen unbequemen, weil diese partikulären Rechte nur zur Beschwerde des Richteramts da zu seyn schienen. Einen verworrenen, weil die Collision derselben in der Anwendung, und deshalb Rechtsunsicherheit und Ungerechtigkeit kaum zu vermeiden sey. — Wären nur wirklich partikuläre Rechte schlechthin verwerflich, so könnte auch das Gewohnheitsrecht eben wegen jener seiner Eigenschaft nicht auf Erhaltung und Schutz Anspruch machen. Ich aber halte die Verwerfung der partikulären Rechte überhaupt für eben so grundlos, als es auf der anderen Seite die Vertheidigung des gegenwärtigen Zustands in manchen Ländern absolut und ohne Modificationen seyn würde. Schon deshalb aber, weil schlechthin weder für die Beibehaltung aller partikulärer Rechte, wie sie in Deutschland im Laufe seiner Geschichte sich gemacht haben, noch für ihre Verwerfung entschieden werden kann, ist dieß ein Gegenstand, dessen vollständige Behandlung die Gränzen dieses Buchs weit überschreiten würde. Daher beschränke ich mich auf folgendes.

Wenn die Partikularrechte willkührlich entstanden wären, so könnte man sie allerdings widersinnig nennen. Aber dieß ist nicht der Fall. Darin nun, daß im allgemeinen ihrer Entstehung ein vernünftiger Grund zugeschrieben werden muß, daß sie im ganzen durch wirkliches

ches Bedürfniß hervorgerufen worden sind, und zwar durch Bedürfnisse sehr verschiedener Art, liegt die Unmöglichkeit, sie vernünftigerweise absolut zu verwerfen. Es liegt darin die Forderung, die einzelnen Partikularrechte selbst zu untersuchen, zu erforschen: welchem Bedürfniß sie ihren Ursprung verdanken, und hiernach zu entscheiden: ob dasselbe noch jetzt vorhanden ist, und ihre Fortdauer erheischt, oder aber, ob es nicht mehr existirt, entweder überhaupt nicht mehr, oder wenigstens nicht als ein solches, das nur durch eine partikuläre Rechtsnorm befriedigt werden kann. Diese Erwägung darf und muß von denjenigen gefordert werden, welche so bereit sind, mit generellen Gründen gegen den jetzigen Rechtszustand zu streiten. Es wird in dieser Beziehung wichtig seyn, folgenden Unterschied unter den partikulären Rechten ins Auge zu fassen. Viele nämlich gehören einem Landestheil an, welcher jetzt nur Theil eines Staates ist, aber früherhin ein politisches Ganzes für sich bildete. Bey diesen liegt die Möglichkeit viel näher, daß sie, namentlich wenn sie durch Gesetzgebung entstanden sind, nicht auf einem Bedürfnisse beruhen, welches auch noch in den jetzigen politischen Verhältnissen ihre Aufrechthaltung fordert. Andere Partikularrechte hingegen sind von jeher bloßen Theilen eines Territoriums angehörig gewesen. Besonders ferner von denen, welche noch jetzt bloß als Gewohnheitsrechte, in ihrer unmittelbaren Form, in der Sitte existiren, läßt sich behaupten, daß gerade in dieser Art ihres Bestehens ein Zeugniß für ihre Zweckmäßigkeit liege, denn da sie nicht durch den Buchstaben erhalten werden, so können sie sich nur durch die Fortdauer des Bedürfnisses erhalten, und würden längst untergegangen seyn, wenn dieses nicht mehr vorhanden wäre. Doch diese Umstände begründen zunächst nur Vermuthungen für und wider. — Das erzeugende Bedürfniß kann zuweilen nur das einer rechtlichen Norm

überhaupt gewesen seyn. Bey allen ist dieß nicht der Fall, denn viele partikuläre Rechtssätze sind neben gemeinen für ganz Deutschland, und neben gemeinen für ein ganzes Land geltenden Bestimmungen entstanden. Manche Sätze der Partikularrechte aber sind allerdings dadurch veranlaßt worden, daß das gemeine Recht keine, oder keine unbestrittene, oder endlich keine unseren Verhältnissen angemessene Bestimmung darüber enthielt. Hier nun wird es allerdings zweckmäßig seyn, die partikuläre Verschiedenheit aufzuheben, sofern wirklich kein anderes Bedürfniß sie hervorgerufen hat. Aber dieses letztere ist wohl zu erwägen. Eine kleinere Stadt z. B. kann andere Termine bey der Vermiethung von Wohnungen fordern als eine große, andere werden bey Dienstmiethen in der Stadt, andere auf dem Lande, und auch hier wieder verschiedene unter verschiedenen Agricultur- und andern Verhältnissen Bedürfniß seyn. Zu ähnlichen Betrachtungen geben auch andere Gründe Veranlassung, welche hier nicht weiter berührt werden können.

Was die Unbequemlichkeit für die Gerichte anlangt, so wäre dieß an sich kein Grund, welcher gegen die Partikularrechte, ihre innere Begründung vorausgesetzt, angeführt werden könnte. Denn das Recht soll dem Bedürfniß des Volks, nicht aber dem des Richters, ausser insofern es mit jenem identisch ist, entsprechen. Aber man hat auch die Sache in dieser Beziehung sehr übertrieben. Nach manchen Aeußerungen darüber sollte man nämlich glauben, daß die fünfzig oder mehr partikularrechtlichen Aufzeichnungen, welche etwa in einem sehr zusammengesetzten Staat (z. B. in Bayern) gelten, eben so viel verschiedene Rechtskörper enthalten, so verschieden von einander, als z. B. das römische und das einheimische deutsche Recht. Man vergißt dabey, daß die deutschen Partikularrechte nicht allein durch dieselben Elemen-

te gebildet werden, aus welchen das gemeine Recht besteht, und jedes Gesetzbuch bestehen würde, das ein deutscher Staat machen könnte; sondern auch und hauptsächlich, daß bey wissenschaftlicher Betrachtung derselben das wenigste an solchen größeren Rechtsverzeichnungen sich als eigentliches partikuläres Recht ergiebt; das meiste hingegen nur der Form nach, als Inhalt eines für eine Stadt oder einen gewissen District bestimmten Rechtsbuchs, partikulär genannt werden kann. Diese partikulären Rechtsbücher insoweit aufzuheben, und ihren gemeinen Inhalt auch in eine gemeine Form zu bringen, wird allerdings zweckmäßig, und dem jetzigen politischen Zustand dieser Provinzen, als bloßer Theile eines Staats, angemessen seyn, vorausgesetzt, daß diese Aenderung von Händen geschieht, welche des Stoffs mächtig und geschickt sind, das wahrhaft partikuläre, und hier wiederum dasjenige auszusondern, was nach den obigen Bemerkungen auf fortdauernde Gültigkeit Anspruch hat.

Endlich Verwirrung und Rechtsunsicherheit hat man besonders deswegen von den Partikularrechten ausgesagt, weil es oft ungewiß sey, welches von mehreren Rechten auf den vorliegenden Fall, das abgeschlossene Geschäft, die persönlicheu Verhältnisse u. s. f. Anwendung finde. Ueberhaupt sey (was allerdings zugestanden werden muß) die Theorie über die Collision coordinirter Rechte in der Anwendung, noch keineswegs so ausgebildet, daß man nicht bey der Befolgung der Regeln auch angesehener Rechtsgelehrter über diesen Punkt zu fürchten habe, Recht und Billigkeit in einzelnen Fällen zu verletzen. Es giebt zwey Wege diesen Uebelstand zu heben. Der eine besteht darin, eine richtigere Theorie über diesen Punkt aufzustellen, was gewiß nicht unmöglich ist. Der andere wäre der, den Knoten zu durchhauen und die Partikularrechte lieber gleich selbst abzuschaffen. Ueber diesen letz-

teren Weg will ich nur dieß bemerken, daß dadurch der erste doch nicht überflüssig gemacht wird, da dieselbe Collision auch ausser diesem Falle, wo man sich ihrer auf diese etwas rohe Weise entledigen könnte, eintritt, nämlich zwischen den Rechten verschiedener Staaten, und hier desto häufiger, je mehr Verkehr, Eheschließung, Aus- und Einwanderung zwischen mehreren Ländern zunehmen.

### 5. Werth des Gewohnheitsrechts von der Seite seiner Form.

Wenn Mühlenbruch [3]) von dem Gewohnheitsrecht sagt: quo quidem jure nihil neque aptius ad hominum actiones dirigendas, neque potentius est ad jubendum vetandumque, so scheint derselbe, dem Zusammenhang nach zu urtheilen, insonderheit den Umstand im Auge zu haben, daß langer Gebrauch und Herkommen, als der Begleiter jenes Rechts, dessen Aussprüche sicher und durch Gewöhnung bequem mache, daher die Befolgung näher lege und erleichtre. Deshalb glaubte ich diese sehr gegründete Aeußerung eines unserer angesehensten Juristen erst hier erwähnen zu dürfen, eine Aeußerung, die um so erfreulicher ist, je entfernter deren Urheber dem Verdacht irgend schwärmerischer Ideen steht. Das Gewohnheitsrecht hat indessen in dieser Beziehung nur das besondere, daß es eine Eigenschaft schon von Natur hat, welche auch das rein von der Gesetzgebung ausgehende Recht bey einiger Stabilität haben kann, und deren Erwerbung für dasselbe ohne Zweifel höchst wünschenswerth ist.

Aber zwischen dem Herkommen, dessen Inhalt gesetzliches Recht ist, und zwischen der Sitte ist ein sehr be-

3) Doctr. pandect. §. 37.

deutender Unterschied, welcher nur zum Vortheil der letzteren sprechen kann. Dieser Unterschied besteht darin, daß in dem zweiten Fall das Herkommen eine sich fortbildende, selbstthätige, lebendige Grundlage hat, so daß hier Herkommen und Gewöhnung ohne den Nachtheil der Stabilität vorhanden ist, und Rechtsänderung ohne Unterbrechung der Gewohnheit geschieht. Das Gesetz hingegen (wir beschränken uns auf seine Aenderung durch Gesetz) bleibt wie es ist, bis es geändert und so das Herkommen durchbrochen wird, da es nicht sich selbst allmählich zu ändern vermag. Diesen Vorzug in Beziehung auf die Fortbildung des Rechts hat also unsere Rechtsquelle. Allerdings kann eine weise Gesetzgebung jenes, wenn auch nicht gänzlich vermeiden, so doch mildern, indem sie die Aenderungen, welche das Fortschreiten der Zeit fordert, mit möglichster Schonung des bestehenden, und mit Beschränkung auf das nothwendigste eintreten läßt. Aber wenn sie auf diese zweckmäßige Weise verfährt, so ahmt sie nur die Sitte und deren allmähliche Entwickelung nach, und was kann mehr als dieses die vorzügliche Eigenschaft, welche unserer Rechtsquelle in dieser Hinsicht zukommt, beweisen?

Das sind nun Eigenschaften, welche ohne Zweifel für den Werth des Gewohnheitsrechts angeführt werden können. Ein anderer aber die Form seines Bestehens ebenfalls betreffender Punkt ist Vielen ein desto größerer Anstoß gewesen, nämlich seine Anwendung vor Gericht, und deren vermeintliche Schwierigkeit und Inconvenienz. Es wird leicht seyn, zu zeigen, daß im allgemeinen dieser Vorwurf ungegründet ist. Eine andere Frage aber wird die seyn, ob nicht gewisse Umstände ihn allerdings als gegründeter erscheinen lassen, und was dieses für Umstände sind?

In dem römischen Gesetzbuch findet sich beiläufig für

das Gewohnheitsrecht einer gewissen Zeit das Prädicat jus incertum [4]), und dieses war den deutschen Romanisten ein zu erwünschtes Wort zur Bezeichnung der einheimischen Rechtsinstitute, und zur legalen Entschuldigung ihrer Unkenntniß derselben, als daß es nicht ihr Lieblingsausdruck, und damit auch für die künftigen Zeiten eine nota für unsere Rechtsquelle hätte werden sollen. — Wenn wir die angebliche Ungewißheit und Unsicherheit des G. R. näher ins Auge fassen, so kann dieselbe im allgemeinen nur darin bestehen, daß es nicht an den Buchstaben, wie das gesetzliche, angeknüpft ist. Nun zeigt am besten die Erfahrung, daß darum jenes nicht überhaupt unsicher wird, denn niemand wird behaupten, daß in den alten deutschen Volksgerichten das Recht ungewisser gewesen sey, als in irgend einem andern Rechtszustande. Dieß wird denn auch durch die Natur der Sache selbst bestätigt.

Ungewiß kann das Recht genannt werden, erstens, weil die Form seines Bestehens es mit sich bringt, daß es von einer beträchtlichen Anzahl der Personen, die es kennen sollen, nicht gewußt wird. In dieser Beziehung unterscheiden sich Gewohnheits- und gesetzliches Recht folgendergestalt. Jenem liegt nothwendig ein gemeinsames Bewußtseyn zu Grunde, aber dieß spricht sich zunächst nicht in einer allgemeinen Form, sondern in Handlungen der Einzelnen aus. Die Folge davon ist die, daß für die Personen, für welche das Recht gilt, dasselbe allerdings gewiß, ja so vollkommen gewiß ist, wie an sich kein anderes. Dagegen kann es freilich für Andere, welche außer dem dasselbe erzeugenden Rechtsbewußtseyn stehen, ungewiß erscheinen, namentlich unter gewissen Umständen. Das gesetzliche Recht im Gegentheil gründet sich nicht

---

4) S. oben S. 68.

nothwendig auf ein wirkliches gemeines Bewußtseyn, aber es wird in einer Form ausgesprochen, durch welche es hinterdrein zur allgemeinen Kenntniß gelangen kann. Bey ihm tritt also gerade das umgekehrte Resultat ein. Wenn wir nun auch voraussetzen, daß diese letztere Möglichkeit allen Interessenten so nahe liegt, wie dieß bekanntlich nicht der Fall zu seyn pflegt, so erreicht in diesem glücklichsten Fall die Gesetzgebung in Beziehung auf die eigentlichen Subjecte des Rechts durch Schrift und Wort nur den Vortheil, welcher dem G. R. schon durch seinen Begriff und seine Entstehung zukommt, und für jene ist dasjenige möglich, was für dieses immer wirklich ist. Den Vorzug hat aber dann das gesetzliche Recht, daß jene Möglichkeit der Kenntniß noch über jene Personen hinausgeht, indem sie auch ganz fremden, vollkommen eben so wie jenen gegeben ist. Ob dieß indessen ein Vorzug ist, das ist etwas lediglich relatives, von Umständen abhängiges.

Zweitens kann das Recht ungewiß genannt werden, weil die Form seines Bestehens Zweifel über seine Existenz und über seinen Inhalt zuläßt. Wir haben auch hier nur G. R. und gesetzliches mit einander zu vergleichen; das Juristenrecht kann seiner Natur nach weder in dieser noch in der vorigen Beziehung mit jenen zusammengestellt werden. Hinsichtlich der Möglichkeit solcher Zweifel steht nun das gesetzliche Recht offenbar unter dem Gewohnheitsrecht, und wenn schon wegen einer solchen Möglichkeit eines von beiden den Namen eines Jus incertum verdiente, so käme er bey weitem eher jenem als diesem zu. — Von der Ungewißheit der Existenz überhaupt war vorhin die Rede; hier ist daher nur noch in so fern darauf Rücksicht zu nehmen, als sie in dem Zweifel besteht, ob ein gewisser Rechtssatz noch existire, also ob er nicht etwa aufgehoben sey. Nun hängt das äußere Bestehen des G. R. aufs engste mit seinem Da=

seyn zusammen; so lange daher ein Rechtssatz noch in der Sitte erscheint, so lange ist er auch geltendes Recht, und umgekehrt wird jene Erscheinung aufhören, sowie das Recht selbst sich geändert haben wird. Ganz anders beim gesetzlichen Recht. Dieses hat eine von seiner Fortdauer ganz unabhängige Form des Bestehens; was geschrieben ist, das ist geschrieben. Gerade hier also kann jener Zweifel entstehen, und die Existenz eines Gesetzes ungewiß werden, das in einer Gesetzsammlung, in einem Gesetzbuch verzeichnet steht, während es durch eine spätere Verfügung längst aufgehoben ist. Ein ähnliches Verhältniß tritt ein hinsichtlich der Ungewißheit des Inhalts. Denn, um mich der Kürze wegen der Terminologie Cicero's und der Rhetoren zu bedienen, jene tria genera, quae controversiam in omni scripto facere possunt: ambiguum (quum scriptum ambiguum est, ut duae differentes sententiae accipi possint) discrepantia scripti et voluntatis, et scripta contraria, können das Gewohnheitsrecht als solches nicht treffen, wohl aber beziehen sie sich auf das gesetzliche Recht, wie sie denn auch von den Rhetoren unter der constitutio legitima zusammengestellt und erörtert wurden.

Wenn sich bisher ergeben hat, daß im allgemeinen für das G. R. in der ursprünglichen und hier insonderheit in Betrachtung kommenden Form seines Bestehens, als eines jus non scriptum, kein Grund liege, warum seine Anwendung schwierig und ungewiß genannt werden könnte, so ist damit allerdings noch nicht ausgeschlossen, daß besondere Umstände, namentlich die Beschaffenheit der Gerichtsverfassung dieser Wirkung herbeizuführen vermöchten. So finden wir, um bey unserer eigenen Erfahrung stehen zu bleiben, daß durch die Abschaffung der alten deutschen Gerichtsverfassung, durch die Entfernung des Volks und seiner natürlichen Repräsentanten aus den

Gerichten, und durch die Anstellung gelehrter Richter das deutsche Gewohnheitsrecht sehr gelitten hat. Hiernach scheint eine Gerichtsverfassung, wie die alte deutsche, und wie sie sich jetzt nur noch in einzelnen Districten (z. B. in einigen Gegenden Holstein's) und in gewissen Gerichten (z. B. Handelsgerichten) findet, dem G. R. die gemäßeste zu seyn. Da nun aber diese Einrichtung im allgemeinen verschwunden ist, und auch, abgesehen von besonderen Verhältnissen, im ganzen für unsere Zeit nicht mehr paßt, so kann die Frage entstehen, ob nicht aus diesem Grunde das G. R. selbst etwas für unsere Zeit unpassendes sey? Denn wir haben Richter, von denen nach dem heutigen Rechtszustand eine so vollständige und stets bereite Kenntniß der Gewohnheitsrechte, wie die der alten Schöffen, nicht erwartet und gefordert werden kann, und für welche also das G. R. allerdings in einem gewissen Sinne ein Jus incertum ist. Nun ist nicht zu läugnen, daß dieser Zustand ganz unnatürlich und widersinnig seyn würde zu einer Zeit, wo die unmittelbare Volksüberzeugung noch die Hauptquelle des geltenden Rechts wäre. Dieß ist aber nicht der Fall in jetziger Zeit, wo das G. R. immer nur den bey weitem kleineren Theil des anzuwendenden Rechts ausmacht. Wenn sich nun auf diese Weise der heutige Umfang des G. R. mit jenen Forderungen, die an unsere Richter und ihre Kenntniß gemacht werden können, ausgleicht, so fällt auch dieser Anstoß hinweg.

Solchergestalt bleibt nur noch eine Möglichkeit, welche bey unserer Gerichtsverfassung der Gültigkeit des Gewohnheitsrechts entgegentreten könnte, und dieß ist die einer schlechten Theorie desselben, durch welche seine Erkenntniß und Anwendung allerdings unsicher und schwierig zu werden vermöchte. Hier aber sind wir zugleich an der Gränze der gegenwärtigen Untersuchungen, so

weit sie in diesem Kapitel ihre Stelle haben, angekommen. Die Bemerkungen über diesen Punkt stehen in zu engem Zusammenhang mit der Lehre von der Erkenntniß und dem Beweis des G. R., als daß sie hier schon vorausgenommen werden könnten. Ich verweise sie daher in das dritte Buch.

---

In der Palm'schen Verlagsbuchhandlung in Erlangen ist erschienen:

Bensen, Heinr., Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Thle. gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Materialien zur Polizei-Kameral- u. Finanz-Praxis für angehende practische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Lud. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Bensen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften complet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 3 Hefte. gr. 8. 806 — 808. 2 Rth 16 gr 4 fl.

Geiger, Joh. Burk., und Chr. Fr. Glück, merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, mit beigefügten Urtheilen u Gutachten der Erlang. Juristenfacultät, 3 Theile, gr 8 792 — 806. 2 Rth 10 gr 3 fl 42 kr

Glück, Ch. Fr., ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar, 1r u. 2r Theil, 2te umgearb. Ausg. gr. 8. 798—801. jeder 1 Rth 12 gr 2 fl 24 kr. Dessen 3r Theil, 1te und 2te Abtheilung, zweite umgearb. Ausgabe, gr. 8 806. u. 807. jede à 18 gr 1 fl 12 kr. Dessen 4r — 29r Theil, jeder in 2 Abtheilungen, jede Abtheilung à 18 gr 1 fl 12 kr (Alle 29 Theile complet 43 Rth 12 gr 69 fl 36 kr.)

— — vollständiges Sach- und Gesetz-Register zu dessen Commentar über die Pandecten, 1r u. 2r Band, gr. 8. 822 — 23. 4 Rth 16 gr 7 fl

Anhänge zu diesem Commentar:

— — hermenevtisch-systemat. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Rechts. Erster Beitrag zur Erläuterung der Pandecten, gr. 8. 2te Aufl 822. 4 Rth 6 fl

— — Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts, zur Berichtigung und Ergänzung des 1ten Theils des Pandecten-

Commentars, als 2ter Beitrag des Commentars, gr. 8. 812. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

Glück, Ch. Fr., Opuscula juridica, 4 Fasciculi, gr. 8. 785. 86. 89. 90. *compl.* 3 Rth 4 fl 30 kr

(Fasc. I. 16 gr 1 fl. Fasc. II. 1 Rth. 1 fl 30 kr. Fasc. III. 16 gr 1 fl. Fasc. IV. 16 gr 1 fl.)

Gönner, Nic. Thad., Handbuch des deutschen gemeinen Processes, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, zweite verbess. Auflage, 4 Bde, gr. 8. 804. 805. 8 Rth 8 gr 12 fl 30 kr

— — Entwurf eines Gesetzbuches üb. das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, 1r Thl, das Gesetzbuch enth. gr. 8 815. 2 Rth 4 gr 3 fl 15 kr

— — dessen 2ter Theil. Motive enth. in 3 Abtheilungen, gr. 8. 815 — 17. jede 1 Rth 12 gr 2 fl 15 kr

— — Commentar über das Königl. Baierische Gesetz vom 22. Juli 1819 einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, gr. 8. 820. 2 Rth 16 gr 4 fl

— — Beiträge zur neuen Gesetzgebung in den Staaten des deutschen Bundes, 1te Abth. über Gesetzgebung und Rechtswiss. in unserer Zeit, gr. 8. 1 Rth 8 gr 2 fl

Harl, Joh. Paul, vollständiges Handbuch der Polizeiwissenschaft, ihrer Hülfsquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste Gesetzgebung und Literatur der Polizei. (Auch unter dem Titel; System der reinen und angewandten Staatslehre von Dr. Heinr. Bensen, 2r Thl., zweite ganz umgearb. Ausgabe von J. P. Harl) gr. 8. 809 2 Rth 16 gr 4 fl

— — Entwurf eines Polizeigesetzbuchs oder eines Gesetzbuchs für die hohe Sicherheit, öffentliche Ruhe und allgemeine Ordnung ꝛc. Auch unter dem Titel: Rationelle Beiträge zur Reform der Gesetzgebung, 1r Band, gr. 8. 822. 3 Rth 8 gr 5 fl

Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern, von Dr. N. Th. v. Gönner und Dr. Phil. v. Schmidlein, 1r, 2r u. 3r Band, gr. 8. 818. 6 Rth 9 fl

Kleinschrod, Gal. Alo., systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positigen Gesetzgebung. 3 Theile, 3te verm. Ausgabe, gr. 8. 805. 3 Rth 4 fl 30 kr

Kleinschrod, Gal. Alo., Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und dem peinlichen Prozesse, gr. 8. 797 — 806.
5 Rth 16 gr 5 fl 30 kr
(I. 797. 22 gr 1 fl 24 kr II. 798. 1 Rth 2 gr 1 fl 36 kr III. 1te Abtheil. 805. 1 Rth 1 fl 30 kr III. 2te Abtheil. 806. 16 gr 1 fl.)

Kraft, Seb. Ad., juristisch-practisches Wörterbuch, neue ganz umgeänderte Ausg. gr. 8. 821. 1 Rth 8 gr 2 fl

Puchta, Dr. W. H., Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens, 1r Bd. gr. 8. 822.
2 Rth 4 gr 3 fl 15 kr

dessen 2r Bd. gr. 8. 827. 2 Rth 8 gr 3 fl 30 kr

— — über den Concursproceß, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung. gr. 8. 827.
2 Rth 8 gr 3 fl 30 kr

Rebmann, Joh. Chr., von dem gerichtlichen u. aussergerichtlichen Verfahren in Rechnungs-Angelegenheiten, 4. 789.
1 Rth 4 gr 1 fl 45 kr

— — von Einrichtung und Führung des Cameral-Rechnungswesens und richtiger Aufstellung der Rechnungen, als Fortsetz. der Abhandlung vom gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren, oder 2ter pract. Theil des vorhergehenden Buches, 4. 790. 2 Rth 16 gr 4 fl

Schott, J., über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland, gr. 8. 809. 22 gr 1 fl 24 kr

Stein, Geo. Jos., Versuch einer theoretisch-pract. Abhandlung über die Lehre des röm. Rechts v. pflichtwidrigen Testamenten, und den Rechtsmitteln wider dieselben, zugleich als Anhang zu Glücks Commentar rc. gr. 8. 798. 16 gr 1 fl

Welsch, J. B., Handbuch des baierischen Universal-Concurs-Processes, gr. 8. 819. 20 gr 1 fl 15 kr

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Puchta, Georg Friedrich,

Das Gewohnheitsrecht

Bd.: 1

Erlangen (1828)

J.rom.m. 415 m-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567018-6